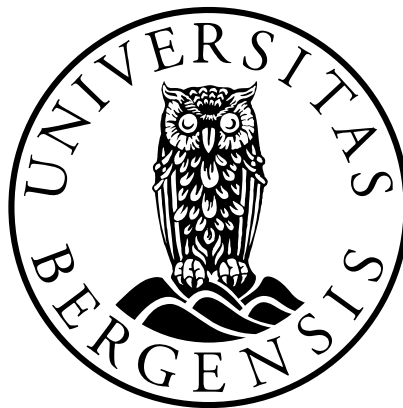


Aksjonærlån og aksjeutbytte – den skatterettslige grensedragningen.



Masteroppgave JUS399
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Kandidatnummer: 187197

Veileder: Hugo P. Matre

Leveringsfrist: 3.6.2013

Antall ord: 12021

3.6.2013

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	5
1.1. Framstillingens emne og aktualitet	5
1.2. Problemformulering	6
1.3. Klassifikasjon som hovedoppgave.....	6
1.4. Framstillingens avgrensninger og forutsetninger	7
2. Rettskildebildet	8
3. Rettslig plassering og legislative hensyn.....	9
4. Metodiske utgangspunkter for grensedragningen.....	11
4.1. Avtalefrihet, formfrihet og privatretten – noen naturlige utgangspunkt?	11
4.2. Det prinsipielle utgangspunktet for den skatterettslige grensedragningen.....	13
4.3. Relevante klassifikasjonsmomenter – hva ser man etter?	14
5. De sentrale klassifikasjonskriteriene ved et aksjonærlån.....	15
5.1. Tilbakebetalingsplikt.....	15
5.1.1. Hva kan utgjøre betalingsmidler ved en tilbakebetalingsplikt?	17
5.1.2. Når foreligger en plikt til å tilbakebetale	18
5.1.2.1. Forfall	20
5.1.2.2. Sanksjoner ved betalingsmislighold	22
5.1.2.3. Sikkerhetsstillelse	25
5.1.2.4. Prioritet	26
5.1.2.5. Betingelser for tilbakebetaling	27
5.1.2.6. Debtors sviktende betalingsevne – hypotetisk tilbakebetalingsplikt?	28
5.1.3. Samlet vurdering av om det foreligger tilbakebetalingsplikt.....	30
5.2. Renter	32
5.3. Overdragelsesadgang	33
5.4. Aksjeselskapsrettslige krav.....	34
5.5. Formalia – særlig om skriftlig låneavtale	36
6. Tidshorisont – et kompliserende element.....	37
7. Helhetsvurdering	38
7.1. Overordnet om helhetsvurderingen – finnes noen utgangspunkter?.....	39
7.2. Helhetsvurderingen – vekting av de ulike klassifikasjonsmomentene	40
Oversikt over rettskilder.	44

1. Innledning

1.1. Framstillingens emne og aktualitet

”Den enkleste måte å ta ut kontanter fra et selskap uten å utløse utbytte- eller utdelingsskatt, er å låne penger fra selskapet”. Setningen er hentet fra innledningen til Gjems-Onstads framstilling av hva som er et aksjeutbytte.¹ Sitatet blir på mange måter oppsummerende for emnets aktualitet. Et lån fra selskapet til aksjonæren gjør nemlig selskapets likviditet tilgjengelig for aksjonærene uten at disse har innvunnet noen skattepliktig fordel.

Et viktig utgangspunkt i forlengelsen av sitatet er at aksjonær og aksjeselskap er forskjellige skattesubjekter, jf. sktl. §§ 2-1 og 2-2. Konsekvensene av dette ble særlig framtrepende etter Skattereformen av 2004-2006. Man gikk da over fra godtgjørelsessystemet til skjermingsmodellene² med den følge at det ble innført reell skatteplikt for aksjeutbytte fra selskap til *personlig* aksjonær.³ Det er altså denne (ekstra) skatteplikt som oppstår ved utdeling til aksjonæren man søker å unngå ved å ta ut selskapets midler som lån.

Etter godtgjørelsesmetoden kunne aksjonæren kreve fradrag for den skatt selskapet hadde betalt ved opparbeidelse av selskapsoverskuddet som lå til grunn for utdelingen til aktuelle aksjonær, jf. tidligere skattelovs § 10-12. Denne fradragsretten ble fjernet ved overgangen til aksjonærmodellen.

Tross denne omfattende endringen i skattesystemet, som la forholdene til rette for at personlige aksjonærer tar ut selskapets kapital som lån, er grensedragningen mellom lån og aksjeutbytte verken behandlet i skatteloven eller i forarbeidene til Skattereformen av 2004-2006. Grensedragningen er rett nok et hyppig tema både for ligningsmyndighetene og for domstolene. Likevel finnes ikke avklarende høyesterettspraksis.

Konsekvensen av at grensedragningen er svært aktuell i det praktiske rettsliv, samtidig som rettskildebildet verken grundig eller uttømmende beskriver hvordan grensedragningen skal foretas, er at grensedragningen tidvis trekkes på uriktige premisser. Typiske feil er bruk av momenter som er irrelevante for den skatterettslige grensedragningen og ukorrekt vektning av

¹ Gjems-Onstad *Norsk Bedriftsskatterett* s. 475.

² Skjermingsmodellene ble introdusert av Skatteutvalget i NOU 2003 nr. 9, jf. sktl. §§ 10-12, 10-42 og 12-11, jf. 12-12.

³ For aksjonær som er selskap gjelder fritaksmodellen etter sktl. § 2-38. Her er det som utgangspunkt fullt skattefritak for aksjeutbytte.

relevante momenter. Kjernen ved disse feil er at man ikke forankrer grensedragningen i det aktuelle skatterettslige hjemmelsgrunnlag.

1.2. Problemformulering

På grunnlag av de problem en ser i det praktiske rettsliv ved grensedragningen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte, aktualiserer dette spørsmål om hvilke rettslige elementer som inngår i grensedragningen, samt hvordan man nærmere skal gjennomføre grensedragningen i praksis.

Den videre framstilling fokuseres derfor om følgende overordnede problemstilling:

Hvordan trekkes den skatterettslige grensen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte ved kapitaloverføring fra aksjeselskap til dettes aksjonær.

1.3. Klassifikasjon som hovedoppgave

Framstillingen er lagt opp som en analyse av aksjeutbyttebegrepet med sikte på å oppstille relevante klassifikasjonsmomenter som vil være styrende for grensedragningen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte.⁴ For nærmere om hvordan man går fram for å identifisere relevante klassifikasjonskriterier, se kapittel 4.

Ved den konkrete grensedragningen må rettsanvenderen klart nok avgjøre om det er bevismessige holdepunkter for å konkludere med at kapitaloverføringen har de aktuelle egenskaper og karakteristika som klassifiserer kapitaloverføringen som henholdsvis aksjonærlån eller aksjeutbytte. Spørsmålets bevismessige side beror imidlertid på prosessrettens bevisregler⁵ og har dermed mindre interesse i et rent skatterettslig perspektiv. Likevel ser en av retts- og ligningspraksis at enkelte momenter anvendes både som bevismoment og som klassifikasjonsmoment. Fordi alle relevante klassifikasjonsmomenter

⁴ Framstillingens tilnærming til grensedragningen, herunder metodiske vinklinger, bygger på Matres avhandling i *Gjeld og renter*.

⁵ Zimmer *Bevis, rettsanvendelse, omgåelse, internprising: Forholdet mellom problemstillinger i skatteretten*.

som utgangspunkt inngår i grensedragningen, er det nødvendig å avgjøre om disse momentene utgjør klassifikasjonsmomenter eller bevismomenter.

Typiske bevismomenter er skriftlig låneavtale og annen skriftlig dokumentasjon, partenes etterfølgende opptreden, faktisk gjennomførte tilbakebetalinger m.v., sml. Zimmer/BAHR *Bedrift, selskap og skatt*, s. 287. For nærmere om skillet mellom bevismomenter og klassifikasjonsmomenter, se Matre *Gjeld og renter* s. 106-108 og Zimmer *Bevis, rettsanvendelse, omgåelse, internprising: Forholdet mellom problemstillinger i skatteretten*.

1.4. Framstillingens avgrensninger og forutsetninger

For den videre framstilling forutsettes at kapitalmottaker har posisjon som aksjonær i det utdelende selskap, med rett på avkastning i form av aksjeutbytte. Spørsmål om et kapitalinnskudd/aksjeerverv gir grunnlag for aksjeutbytteavkastning behandles dermed ikke i denne framstillingen.

Av praktiske grunner fokuserer framstillingen på grensedragningen mellom skattefritt aksjonærlån og skattepliktig aksjeutbytte ved kapitaloverføring fra *aksjeselskap* til *personlig aksjonær*.⁶ Dermed avgrenses mot aksjonærlån fra allmennaksjeselskap og tilfeller hvor et selskap er aksjonær.

Videre er det ikke uvanlig at aksjonæren også er ansatt i selskapet, typisk ved at aksjonæren er daglig leder, styreleder e.l. For den videre framstillingen forutsettes imidlertid at aksjonæren *ikke* arbeider i selskapet, slik at klassifikasjon som lønnsinntekt etter sktl. § 5-1(1) ikke er et relevant klassifikasjonsalternativ.

En kapitaloverføring kan videre være skattepliktig virksomhetsinntekt i form av et aksjeutbytte opparbeidet gjennom finansvirksomhet, jf. sktl. § 5-30(1), jf. sktl. § 10-11(1). For at virksomhetsregelen skal være anvendelig må imidlertid kapitaloverføringen være et aksjeutbytte og ikke et aksjonærlån. Ettersom det dermed ikke vil bidra til framstillingen å inkludere virksomhetsregelen etter § 5-30(1), avgrenses framstillingen mot virksomhetsregelen.

⁶ I praksis kommer grensedragningen hyppigst på spissen i disse situasjoner.

2. Rettskildebildet

Som nevnt finnes ikke autoritative rettskilder som uttømmende eller grundig behandler grensedragningen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte ved kapitaloverføring fra selskap til aksjonær.

En særlig utfordring ved å trekke opp klassifikasjonskriterier for grensedragningen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte har vært mangelen på rettskilder som direkte behandler spørsmålet. Utfordringen har særlig vært å finne rettskilder som på en god og dekkende måte beskriver typiske karakteristika ved et reelt lån. Det har derfor vært nødvendig å trekke på rettskilder som behandler parallelle og lignende problemstillinger. I særlig grad har det vært av interesse å trekke inn rettskilder som behandler grensen mellom fremmedkapitalinnskudd og egenkapitalinnskudd, fordi disse rettskildene belyser typiske trekk og egenskaper ved et reelt lån. Dette skaper igjen behov for nyanseringer, hvilket har gitt arbeidet med denne framstillingen spesielle og til dels krevende rettskildemessige utfordringer.

Skatteloven regulerer ikke grensedragningen og som nevnt er forarbeidene til Skattereformen av 2004-2006 taus om hvordan grensen trekkes. Likevel må naturlig nok grensedragningen forankres i sktl. § 10-11(2), jf. (1), da denne bestemmelse angir når en kapitaloverføring utgjør et skattepliktig aksjeutbytte.

Høyesterett har behandlet spørsmålet i to saker.⁷ Disse dommene gir noe veiledning, men kan ikke sies å avklare spørsmålet. Av interesse er også to høyesterettsdommer hvor grensen mellom fremmedkapitalinnskudd og egenkapitalinnskudd behandles.⁸ Her oppstilles generelle karakteristika for hva som utgjør et lån. Tross dette må man anvende disse to dommene med det forbehold at Høyesterett behandler en annen grensedragningsproblematikk enn den framstillingen her fokuserer på.

Videre finner vi en viss, men ikke uttømmende behandling av spørsmålet i juridisk teori.⁹ Imidlertid finnes juridisk teori som grundig behandler grensen mellom fremmedkapitalinnskudd og egenkapitalinnskudd i aksjeselskap.¹⁰ Denne juridiske teori

⁷ *Vrybloed* Rt. 1998 s. 383 (Utv. 1998 s. 630) og Rt. 1981 s. 990 (Utv. 1981 s. 457).

⁸ *Preferansekapitalsaken* Rt. 2001 s. 851 (Utv. 2001 s. 1251) og *Telecomputingsaken* Rt. 2010 s. 790 (Utv. 2010 s. 1083).

⁹ Særlig Zimmer/BAHR *Bedrift, selskap og skatt*, samt Gjems-Onstad *Norsk bedriftsskatterett* gir en viss, men lite dyptgripende behandling av spørsmålet. Krogh-Moe *Lån fra aksjeselskap til funksjonær/aksjonær, lån eller utbytte?* foretar en utførlig behandling av spørsmålet, men er av eldre dato og fanger dermed ikke opp nyere utvikling i rettspraksis.

¹⁰ Kvinge/Gran *Hybridfinansiering*, Kristiansen/Veum *Hybridfinansiering*, Matre *Gjeld og renter* og Wiersholm *Skatteavtalerett*.

belyser i noen grad typiske egenskaper og trekk ved et lån. Men igjen poengteres at denne juridiske teori behandler en annen grensedragningsproblematikk og derfor ikke kan anvendes direkte.

Underrettspraksis gir noe veiledning, men her foretas tidvis en sammenblanding av bevismomenter og klassifikasjonsmomenter. Typisk for underrettspraksis som berører temaet er også at spørsmålets skatterettslige side er knapt behandlet.

Lignings-ABC gir også en viss veiledning, men igjen er det et problem at bevismomenter og klassifikasjonsmomenter blandes, samt at framstillingen er knapp.

Privatrettslige kilder vil til en viss grad trekkes inn i framstillingen for å belyse typiske egenskaper og trekk ved et lån.

3. Rettslig plassering og legislative hensyn

Skatteloven gir ikke hjemmelsgrunnlag for å ilegge en aksjonær skatteplikt for mottak av lån fra eget selskap. Ettersom skatteretten befinner seg på legalitetsprinsippets område,¹¹ er det dermed ikke adgang til å ilegge aksjonæren skatteplikt for et reelt lån.

For aksjeutbytte utløses på den annen side skatteplikt i form av skatt på alminnelig inntekt, jf. sktl. § 10-11(1), jf. sktl. § 5-1(1). Konsekvensen av dette er at aksjonæren må betale 28 % skatt av det mottatte beløp, jf. ssv. §§ 3-2 og 3-8.¹²

Den nærmere forklaring på hvorfor aksjeutbytte er skattepliktig på aksjonærens hånd, mens et aksjonærlån ikke er skattepliktig, må søkes gjennom særlig to forhold.

For det første er det av interesse å se hen til hvorfor det ble innført reell skatteplikt på aksjeutbytte til personlige aksjonærer, ved Skattereformen 2004-2006.

¹¹ Zimmer *Lærebok* s. 48.

¹² Den effektive skattebelastningen anses likevel å være 20,16 %. Dette fordi det utdelte selskapsoverskudd allerede er ilagt inntektsskatt på 28 % på selskapets hånd, jf. sktl. § 5-1(1), jf. ssv § 3-3. Dermed blir total skattebelastning på et aksjeutbytte 48,16 %.

Reell utbytteskatt for aksjonærer ble ved Skattereformen av 2004-2006 innført fordi tidligere skattesystem hadde svakheter som på nasjonalt plan¹³ medførte at man enkelt kunne uthule reglenes realitet.¹⁴ Aktive aksjonærer tok da ut reell lønnsinntekt som aksjeutbytte. Derved unngikk man de progressive skattesatsene som gjelder for lønnsinntekter.¹⁵ Skattereformen 2004-2006 tok bl.a. sikte på å reparere delingsmodellens svakheter. For å nå dette mål, herunder for å unngå nye tilpasninger, innførte man skattemessig likebehandling mellom aksjeutbytte og lønnsinntekt, jf. NOU 2003 nr. 9 s. 208. Virkningen av disse endringene er at alle verdier¹⁶ opparbeidet i selskapet,¹⁷ utløser beskatning på aksjonærens hånd *ved endelig overføring til aksjonæren*.¹⁸

Et aksjonærlån skal derimot tilbakebetales til selskapet,¹⁹ og dermed skjer det ingen endelig overføring av verdier som er opparbeidet i selskapet til aksjonæren. De hensyn og behov som begrunnet innføring av reell skatteplikt for aksjeutbytte slår dermed ikke til for et reelt aksjonærlån.

Ved klassifiseringen av en kapitaloverføring fra selskap til aksjonær, vil det dermed være av interesse om den aktuelle kapitaloverføring har egenskaper som medfører en de facto overføring av verdier skapt i selskapet til aksjonæren. Er så tilfellet, vil de hensyn som ligger bak endringen av skattesystemet ved Skattereformen 2004-2006 tilsi at kapitaloverføringen er et aksjeutbytte.

Videre er det av interesse å se hen til hvilke hensyn som begrunner skatteplikt som sådan etter norsk skatterett. Hensynet til skattyters skatteevne står her svært sentralt. Kjernen ved dette hensyn er at skattesubjektene pålegges skatteplikt i den utstrekning de evner å bære skatteplikten.²⁰ Et gjennomsyrende element ved lån er derimot som nevnt at den kapital som overføres til aksjonæren skal tilbakebetales til selskapet. Herved synliggjøres at et lån ikke øker aksjonærens skatteevne, nettopp fordi lånet skal tilbakebetales.

¹³ På internasjonalt plan måtte en endring til for å unngå kollisjon med EØS-traktaten. Se bl.a. EFTA-domstolen i Fokus Bank-saken *E-1/04*.

¹⁴ I praksis skjedde dette særlig ved at man tok inn passive medeiere, for derigjennom å tilpasse seg delingsmodellens rekkevidde, se bl.a. NOU 2003 nr. 9 s. 208.

¹⁵ Lønnsinntekt skal beskattes som personinntekt, jf. sktl. § 12-2, med toppskatt og trygdeavgift, jf. § 12-1.

¹⁶ Unntak gjelder for de verdier som omfattes av skjermingsfradraget, jf. sktl. § 10-12.

¹⁷ Aksjonærens eget kapitalinnskudd utløser m.a.o. ikke skatteplikt ved utbetaling, jf. sktl. § 10-11(2) 2.pkt.

¹⁸ Sml. Zimmer *Lærebok* s. 297.

¹⁹ Zimmer/BAHR *Bedrift, selskap og skatt* s. 286.

²⁰ Sml. Zimmer *Lærebok* s. 31-32.

Rettes blikket mot aksjeutbytte er dette derimot en endelig og vederlagsfri kapitaloverføring fra selskapet, som m.a.o. øker aksjonærens skatteevne, se sktl. § 10-11(2) som taler om ”*vederlagsfri overføring av verdier...*”.²¹ Slik sett ser vi hvorfor det for aksjeutbytte er skattemessig/legislativt grunnlag for å ilegge aksjonæren skatteplikt.

For den skatterettslige grensedragningen mellom lån og aksjeutbytte vil det dermed være relevant å se hen til om kapitaloverføringen medfører en reell økning av aksjonærens skatteevne.

Et kompliserende element er imidlertid at pengers interne kjøpekraft har falt de siste tiår på grunn av inflasjon. Konsekvensen av dette er at det *kan* framstå kunstig å tale om en reell tilbakebetaling, som verken øker aksjonærens skatteevne eller representerer en overføring av verdier opparbeidet i selskapet, dersom en kapitaltilførsel først skal tilbakebetales til selskapet om svært lang tid.²²

4. Metodiske utgangspunkter for grensedragningen

4.1. Avtalefrihet, formfrihet og privatretten – noen naturlige utgangspunkt?

Grunnlaget for et mulig låneforhold fra selskapet til aksjonæren er den inngåtte privatrettslige avtale. Private har som den klare hovedregel full frihet til å gi en transaksjon det innhold og utforming de selv ønsker.²³ Dermed vil den skatterettslige klassifikasjonen av kapitaloverføringen som henholdsvis aksjonærlån eller aksjeutbytte, bero på hvilke egenskaper partene har gitt kapitaloverføringen. Ut fra dette framstår stiftelsesgrunnlaget for kapitaloverføringen som et naturlig utgangspunkt for den skatterettslige grensedragningen. Denne betraktning støttes av Høyesterett i *Telecomputingsaken*.²⁴ Her uttalte retten at:

”...den materielle ordning partene, innenfor avtalefrihetens rammer, har etablert seg imellom, ... styrer de skattevirkninger ordningen skal få. Spørsmålet om

²¹ Se pkt. 4.2 hvor jeg foretar en grundig tolkning av sktl. § 10-11(2).

²² Betydningen av låneengasjementets løpetid, herunder indeksregulering, behandles i pkt. 6 og 7.2.

²³ Jf. privates avtalefrihet og formfrihet.

²⁴ Rt. 2010 s. 790 (Utv. 2010 s. 1083). For nærmere om dommen og dennes aktualitet, se pkt. 5.1.

*kapitaloverføringene ... skal bedømmes som lån eller egenkapitaltilskudd, må dermed som utgangspunkt avgjøres ut fra det selskaps- og regnskapsrettlige skillet mellom disse finansieringsformer.*²⁵

Det her siterte tilsier at det *reelle innhold av kapitaloverføringen*, fastlagt etter privatrettslige kilder, utgjør utgangspunktet for hvordan en kapitaloverføring skal klassifiseres skatterettslig.²⁶ En viktig presisering som ikke klart kommer fram gjennom det siterte er at klassifiseringen av en kapitaloverføring beror på transaksjonens realitet, bedømt etter aktuelle skatterettslige hjemmelsgrunnlag.²⁷ For den skatterettslige grensedragningen mellom lån og aksjeutbytte må man dermed identifisere kapitaloverføringens materielle innhold for så å vurdere dette i lys av sktl. § 10-11(2), jf. (1).

Ved den nærmere fastleggelse av en kapitaloverførings reelle innhold, sees som nevnt hen til privatrettslige kilder. Utgangspunktet innen skatteretten er at privatrettslige begrep har samme innhold innen skatteretten, med mindre det foreligger særskilt skatterettslige holdepunkter for annet.²⁸ Begrepet *lån* har imidlertid ingen enhetlig forståelse innen skatteretten. Konsekvensen av dette er at man ikke kan oppstille faste privatrettslige kriterier som kan vurderes i lys av det skatterettslige hjemmelsgrunnlag. For å kunne klassifisere en kapitaloverføring til aksjonæren som aksjonærlån eller aksjeutbytte må man dermed identifisere typiske egenskaper og trekk ved et lån, som så må holdes opp mot sktl. § 10-11(2).²⁹

Rett nok ser en i enkelte rettsavgjørelser og i juridisk teori at *tilbakebetalingsplikt* framholdes som det avgjørende kriterium for om en kapitaloverføring fra selskap til aksjonær er lån eller aksjeutbytte. Jeg velger likevel å avstå fra å oppstille dette som et absolutt kriterium for grensedragningen. Som framstillingen videre vil vise, er nemlig ikke en tilbakebetalingsplikt noen fast størrelse.

²⁵ Rt. 2010 s. 790 (Utv. 2010 s. 1083) avsnitt 43.

²⁶ *Telecomputingsaken* gjelder rett nok grensedragningen mellom egenkapitalinnskudd og fremmedkapitalinnskudd, men det samme utgangspunktet må og gjelde ved grensedragningen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte, sml. Zimmer/BAHR *Bedrift, selskap og skatt*, s 286.

²⁷ Tilsvarende Matre *Gjeld og renter* s. 60-61 og Zimmer *Høyesterettsdommer i skattesaker 2009*, Skatterett 2010 s. 317-318.

²⁸ Zimmer *Lærebok* s. 49-52.

²⁹ Sml. Matre *Gjeld og renter* s. 61.

4.2. Det prinsipielle utgangspunktet for den skatterettslige grensedragningen

Ved at sktl. § 10-11(2), jf. (1) utgjør det prinsipielle utgangspunktet for grensedragningen mellom aksjeutbytte og aksjonærlån er en nærmere tolkning av bestemmelsen påkrevd.

Bestemmelsen oppstiller tre kumulative vilkår for at en kapitaloverføring til aksjonæren skal være et skattepliktig aksjeutbytte.

For det første må det være skjedd en ”...*utdeling*...”. Ordlyden viser til en transaksjon som medfører at et formuesobjekt eller kapital tas ut av selskapet, med endelig virkning. Dermed avskjærer ordlyden mot tilfeller hvor overføringen bare er midlertidig, slik som ved et lån.³⁰

Videre må utdelingen medføre en ”...*vederlagsfri overføring av verdier*...”. Etter denne ordlyd må det være gjennomført en *faktisk verdioverføring* fra selskapet til aksjonæren. Dette gjelder etter ordlyden uavhengig hvilken form og på hvilken måte verdioverføringen er skjedd.³¹ Dermed avskjærer ordlyden mot kapitaloverføringer i form av et lån, fordi kapitalen her skal tilbakebetales til selskapet og dermed ikke utgjør en faktisk verdioverføring til aksjonæren.³²

Endelig må kapitaloverføringen være skjedd ”...*fra selskap til aksjonær*”. Ordlyden tilsier at kapitalen må være overført fra et aksjeselskap, til dettes aksjonærer/eier.³³

For vår sammenheng vil den skatterettslige grensedragningen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte særlig bero på om den konkrete kapitaloverføringen fra selskap til aksjonær har egenskaper som medfører at de to første vilkår er oppfylt.³⁴

Det springende punkt ved den skatterettslige grensedragningen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte blir dermed om den konkrete kapitaltilførsel representerer en *endelig* eller

³⁰ Tilsvarende Zimmer/BAHR *Bedrift, selskap og skatt* s. 286 flg.

³¹ Tilsvarende Zimmer/BAHR *Bedrift, selskap og skatt* s. 270 flg.

³² Tilsvarende Zimmer/BAHR *Bedrift, selskap og skatt* s. 274 og Gjems-Onstad *Norsk bedriftsskatterett* s. 493.

³³ Jeg går ikke nærmere inn på hvilken personkrets aksjonæren identifiseres med, se sktl. § 10-11(2) siste pkt.

³⁴ Vilkåret om at overføringen må være ”...*fra selskap til aksjonær*” er oppfylt allerede ved at aksjonæren har mottatt kapital fra selskapet.

midlertidig verdioverføring til aksjonæren.³⁵ Denne betraktning støttes av hensynet til skattyters skatteevne, ettersom en midletidig kapitaloverføring ikke øker aksjonærens skatteevne, hvilket er tilfellet for en endelig verdioverføring, jf. pkt. 3.

Ved at hovedfokus vil ligge på om kapitaloverføringen fra selskapet medfører en endelig eller midlertidig verdioverføring til aksjonæren, vil man raskt se at en rekke transaksjoner enkelt kan plasseres enten som aksjonærlån eller aksjeutbytte. Som framstillingen videre vil vise kan imidlertid den nærmere grensedragning by på atskillig tvil og komplekse analyser.

4.3. Relevante klassifikasjonsmomenter – hva ser man etter?

Som nevnt i pkt. 4.1 har private avtalefrihet, samtidig som det innen privatretten ikke finnes faste kriterier for hva som utgjør et lån. Dermed vil det kunne foreligge store innholdsmessige variasjoner ved kapitaloverføringer fra selskap til aksjonær, som påstås å være lån. Dette må igjen sees i sammenheng med at sktl. § 10-11(2) utgjør det prinsipielle utgangspunktet for grensedragningen. Konsekvensen av dette er at to tilsynelatende svært forskjellige transaksjoner, kan gis samme skatterettslige klassifikasjon.

For å skille en kapitaloverføring i form av et lån, fra en kapitaloverføring i form av et aksjeutbytte, må man dermed se hen til hvilke egenskaper og trekk partene har knyttet til den konkrete kapitaloverføringen. Dette må så vurderes i lys av relevante klassifikasjonskriterier.³⁶ Aktuelle og relevante klassifikasjonskriterier vil gjøre seg gjeldende gjennom rettigheter og plikter som er karakteristiske for henholdsvis lån eller aksjeutbytte.³⁷ Ved vurderingen av om en rettighet og/eller plikt utgjør et klassifikasjonsmoment i retning av aksjeutbytte eller aksjonærlån, har man to utgangspunkter å navigere ut fra.

På den ene siden vil sktl. § 10-11(2) normere hvilke rettigheter og plikter som er karakteristiske for et aksjeutbytte. Her vil hovedfokus ligge på om eksistens og/eller fravær av

³⁵ Sml. Zimmer/BAHR *Bedrift, selskap og skatt* s. 287 og Krogh-Moe *Lån fra aksjeselskap til funksjonær/aksjonær, lån eller utbytte?* s. 827.

³⁶ Jf. Matre *Gjeld og renter* og Matre *Pro forma i skatteretten*.

³⁷ Sml. Matre *Gjeld og renter* og Wiersholm *Skatteavtalerett* s. 470 flg. Begge ved spørsmål om hybridfinansiering av aksjeselskap skal klassifiseres som gjeldsinnskudd eller egenkapitalinnskudd.

gitte rettigheter og/eller plikter medfører at kapitaltransaksjonen gis karakter av å være en *endelig verdioverføring* til aksjonæren.

På den annen side vil skatterettslige og privatrettslige kilder gi indikasjoner på typiske rettigheter og plikter ved et lån. Som presisert over vil det springende punkt her være om de aktuelle rettigheter og plikter gir kapitaloverføringen karakter av å være *midlertidig* overført til aksjonæren. Hva som er tilstrekkelig av rettigheter og plikter for å anse en kapitaloverføring av slik midlertidig karakter at man står overfor et lån, contra et skattepliktig aksjeutbytte, må vurderes i lys av sktl. § 10-11(2).

I den videre framstillingen vil rettigheter og plikter som klassifiserer en kapitaloverføring som henholdsvis lån eller aksjeutbytte identifiseres og problematiseres. Gjennom denne framgangsmåten tas sikte på å oppstille operative og generelle klassifikasjonskriterier for å kunne skille et aksjonærlån fra et aksjeutbytte i praksis. Det må presiseres at framstillingen ikke representerer en uttømmende liste av relevante kriterier, men tar sikte på å oppstille de generelt mest sentrale klassifikasjonsmomentene ved grensedragningen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte.

5. De sentrale klassifikasjonskriteriene ved et aksjonærlån

5.1. Tilbakebetalingsplikt

I flere dommer ser en at hvorvidt det foreligger en reell tilbakebetalingsplikt angis som et sentralt klassifikasjonsmoment for at en kapitaloverføring er et lån. I denne sammenheng vises til *Telecomputingsaken*.³⁸

I *Telecomputingsaken* var spørsmålet om kapitalbidrag fra morselskap til datterselskap var egenkapitalinnskudd eller lån/fremmedkapitalinnskudd. Selv om dommen direkte omhandler klassifikasjon av kapitalinnskudd i et selskap, oppstiller Høyesterett flere generelle karakteristika ved et lån. Dette er som nevnt av interesse for vårt spørsmål i den grad aktuelle karakteristika gir kapitaloverføringen karakter av å være midlertidig overført til aksjonæren.³⁹

³⁸ Rt. 2010 s. 790 (Utv. 2010 s. 1083).

³⁹ Tilsvarende bruk av dommen, Gjems-Onstad *Norsk bedriftsskatterett* s. 493-494.

I denne retning framgår av dommens avsnitt 44 at ”*Det som skiller lån fra et selskaps egenkapital, er at det for lån foreligger en alminnelig tilbakebetalingsplikt,...*”. Høyesterett formulerer her eksplisitt at tilbakebetalingsplikt er et sentralt klassifikasjonsmoment i retning av at en kapitaloverføring er et lån.

Gjems-Onstad framholder at ”*Det avgjørende kriterium synes i praksis å være at lånet er reelt, dvs at det er en reell tilbakebetalingsforpliktelse...*”⁴⁰ (Min understrekning).

Tilsvarende synspunkt finner vi i Zimmer/BAHR.⁴¹ Det syn forfatterne her gir uttrykk for er at tilbakebetalingsplikten ikke bare er et sentralt klassifikasjonsmoment for at en kapitaloverføring fra selskap til aksjonær er et lån, men det mest sentrale.

Forklaringen på hvorfor reell tilbakebetalingsplikt utgjør et svært sentralt klassifikasjonsmoment for at en kapitaloverføring er et lån, ligger i den materielle konsekvens av en tilbakebetalingsplikt. Dette er – forenklet sagt – at debitor er rettslig forpliktet til å tilbakebetale den mottatte kapital.⁴² Kapitaloverføringen gis dermed et klart midlertidig preg, hvoretter aksjonærens økonomiske stilling ikke økes, hvilket er egenskaper som tilsier at kapitaloverføringen er et aksjonærlån, jf. pkt. 4.2.

Umiddelbart skulle dermed forskjellen mellom lån og aksjeutbytte være enkel å trekke. Spørsmålet er om aksjonæren har tilbakebetalingsplikt til selskapet. Dette blir imidlertid en lite nyansert tilnærming, fordi man herved setter likhetstegn mellom tilbakebetalingsplikt og lån. En tilbakebetalingsplikt er derimot som vi skal se ikke noen fast størrelse. Eksempelvis vil den vekt man kan tillegge en tilbakebetalingsplikt kunne variere etter hvor langt inn i framtiden denne ligger,⁴³ hvilke tilbakebetalingsbetingelser som aktualiseres⁴⁴ m.v. Det er derfor behov for en nærmere analyse av hva som utgjør en reell tilbakebetalingsplikt, herunder hvilke omstendigheter som vil kunne utviske og/eller svekke realiteten ved en tilbakebetalingsplikt. I pkt. 5.1 foretas derfor en grundig gjennomgang av nødvendige og typiske rettigheter og plikter, for at man står overfor en reell tilbakebetalingsplikt.

⁴⁰ Gjems-Onstad *Norsk bedriftsskatterett* s. 493.

⁴¹ Zimmer/BAHR *Bedrift, selskap og skatt* s. 286 flg.

⁴² Se bl.a. *Preferansekapitalsaken* Rt. 2001 s 851 (Utv. 2001 s. 1251) på s. 866 og pkt. 5.1.2.

⁴³ Se pkt. 6 og 7.2.

⁴⁴ Se pkt. 5.1.2.5.

Ved vurderingen av hva som utgjør en reell tilbakebetalingsplikt aktualiseres to overordnede spørsmål. For det første om det er begrensninger for hvilke *betalingsmidler* som kan aksepteres. For det andre når man står overfor en *plikt* til tilbakebetaling.

5.1.1. Hva kan utgjøre betalingsmidler ved en tilbakebetalingsplikt?

Spørsmålet her er om det må oppstilles visse krav til hvilke betalingsmidler som er gyldige, for at man skal kunne tale om en reell tilbakebetalingsplikt.

Høyesteretts avgjørelse i *Preferansekapitalsaken*⁴⁵ er her av interesse. Sakens rettslige hovedspørsmål var om såkalt preferansekapital, som to banker ble tilført under bankkrisen på begynnelsen av 1990-tallet, i skattemessig henseende var å anse som egenkapitalinnskudd eller lån/fremmedkapitalinnskudd.⁴⁶

Ved den nærmere grensedragningen mellom egenkapital og fremmedkapital, tok Høyesterett utgangspunkt i hvorvidt det forelå en tilbakebetalingsplikt. Høyesterett uttalte i denne sammenheng at kreditor ” ... *har etter avtalene bare rett til å kreve tilførslene tilbakebetalt ved avvikling, og kan ellers ikke fremme krav på annet enn konvertering til aksjer.*”⁴⁷ Uten nærmere drøftelse uttalte Høyesterett at ”*Dette vilkåret kan vanskelig forenes med definisjonen av gjeld, hvor det sentrale er retten til å kreve en ytelse i penger.*”⁴⁸ (min understrekning).

Av de siterte uttalelser synes Høyesterett tilsynelatende å legge til grunn at dersom det skal foreligge en reell tilbakebetalingsplikt må tilbakebetalingen gjennomføres med penger. Dette avskjærer dermed mot at man står overfor en tilbakebetalingsplikt dersom kreditor bare har krav på tilbakebetaling med naturalia. Tilsvarende synspunkt vil kunne anføres ved grensedragningen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte, eksempelvis der det foreligger avtale mellom aksjonæren og selskapet om at det utestående skal tilbakebetales ved overføring av et formuesobjekt.

⁴⁵ Rt. 2001 s. 851 (Utv. 2001 s. 1251)

⁴⁶ Dommen er av interesse på samme grunnlag som *Telecomputingsaken*, se pkt. 5.1.

⁴⁷ Rt. 2001 s. 851 (Utv. 2001 s. 1251) på s. 866.

⁴⁸ Rt. 2001 s. 851 (Utv. 2001 s. 1251) på s. 866.

Etter det overordnede skillet mellom aksjonærlån og aksjeutbytte er avgjørende om kapitaloverføringen utgjør en endelig eller midlertidig verdioverføring til aksjonæren, jf. pkt. 4.2. Hvilke betalingsmidler som nyttes til tilbakebetaling framstår i dette perspektiv som irrelevant. Denne betraktning støttes av at skatteloven er bygget opp slik at det er den reelle verdioverføring som er avgjørende for om det foreligger en skattepliktig inntekt, jf. bl.a. sktl. § 5-3 og § 9-2(1)d.⁴⁹ Dette tilsier at det er uten betydning for den skatterettslige grensedragningen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte, hvilke betalingsmidler det tilbakebetales med.

Videre gir en nærmere analyse av *Preferansekapitalsaken* også grunnlag for å stille spørsmålstegn ved den nærmere intensjonsdybde av den regel retten synes å oppstille. Det er nemlig påfallende at Høyesterett – etter å ha oppstilt den aktuelle regel om at tilbakebetaling bare kunne skje med penger – ikke konkluderer med at det ikke forelå tilbakebetalingsplikt. Dette fordi tilbakebetaling i den konkrete sak som nevnt bare kunne skje ved konvertering av det utestående til aksjer. I stedet vektla Høyesterett tungt i retning av at kapitalen ikke var et lån, at kapitaltilførselen hadde ”...*karakter av permanent kapital*...”.⁵⁰ Dermed ser vi at Høyesterett synes å legge betydelig vekt på det overfor presenterte grunnelement ved et lån, nemlig at det må skje en tilbakebetaling av det utestående.

Sammenfatningsvis synes det dermed ikke å være grunnlag for å oppstille en regel om at tilbakebetaling bare kan skje med penger, for at man skal stå overfor en reell tilbakebetalingsplikt. Avgjørende er altså om betalingsmiddelet har økonomisk verdi. En annen sak er at tilbakebetaling med penger nok er praktisk viktigst. For enkelthets skyld relaterer framstillingen i det videre seg til tilbakebetaling med penger.

5.1.2. Når foreligger en plikt til å tilbakebetale

Av tilgjengelig rettskildemateriale synes det ikke å finnes kilder som uttømmende definerer hva som utgjør en *plikt* til å tilbakebetale. Det nærmeste vi kommer en definisjon er Høyesteretts uttalelse i *Preferansekapitalsaken* om at for gjeld er ”...*det sentrale ... retten til*

⁴⁹ Etter sktl. § 9-2(1) litra d foreligger skattepliktig realisasjon ved innfrielse av utestående fordring med et formuesobjekt.

⁵⁰ Rt. 2001 s. 851 (Utv. 2001 s. 1251) på s. 866.

å kreve en ytelse i penger”.⁵¹ Det gjengitte indikerer at aksjonæren har tilbakebetalingsplikt dersom selskapet med rettslig bindende virkning kan kreve at aksjonæren tilbakebetaler en utestående fordring. Dette beror på det materielle rettsforholdet mellom partene, jf. pkt. 4.1.

Den nærmere vurdering av hva som kvalifiserer som tilbakebetalingsplikt må forankres i det prinsipielle utgangspunktet for grensedragningen, jf. sktl. § 10-11(2). I dette perspektiv vil man stå overfor en tilbakebetalingsplikt, som utgjør et klassifikasjonsmoment for at kapitaloverføringen er et aksjonærlån, dersom tilbakebetalingsplikten gir kapitaloverføringen karakter av å være midlertidig overført til aksjonæren. På dette grunnlag synes det å kunne oppstilles tre overlappende elementer som må foreligge for at aksjonæren skal ha en reell tilbakebetalingsplikt til selskapet.

For det første at kravet på tilbakebetaling må være en *rettslig plikt*. Dette stiller særlig krav om at tilbakebetalingsplikten må bygge på et tilstrekkelig rettsgrunnlag. Herved avskjæres mot tilbakebetaling som bygger på moralske forpliktelser, samt tilfeller hvor aksjonæren bare har en rett til å tilbakebetale.⁵² Dette kriterium er en forutsetning for å kunne pålegge aksjonæren å tilbakebetale, samt for å kunne bringe kravet på tilbakebetaling inn for domstolene og derved gjennomtvinge en faktisk tilbakebetaling.

For det andre må selskapets rett på tilbakebetaling ikke være betinget av forhold som medfører at tilbakebetalingspliktens realitet utviskes.⁵³ Med dette siktes til betingelser som etter sitt materielle innhold medfører at kapitaloverføringen reelt framstår som endelig overført til aksjonæren. Dette vil eksempelvis være tilfelle der tilbakebetalingen er betinget av forhold som utelukkende ligger på aksjonærens hånd.

Imidlertid må presiseres at betingelser ved en tilbakebetalingsplikt kan være av svært ulik karakter. Over er nevnt betingelser som utvisker realiteten ved en tilbakebetalingsplikt. For betingelser som ikke avskjærer en tilbakebetalingsplikt, kan slike betingelser svekke styrken ved tilbakebetalingspliktens realitet. Dette kan i sin tur virke inn på den vekt man kan tillegge tilbakebetalingsplikten ved den konkrete grensedragningen. Se nærmere om dette pkt. 7.2 og 5.1.2.5.

⁵¹ Rt. 2001 s. 851 (Utv. 2001 s. 1251) på s. 866.

⁵² Sml. Matre *Gjeld og renter* s. 79 og 99 og Wiersholm *Skatteavtalerett* s. 472-473.

⁵³ Se nærmere om betingelser for tilbakebetaling, pkt. 5.1.2.5.

For det tredje må selskapet ha et rettsgrunnlag som innholdsmessig gir adgang for å pålegge aksjonæren en rettslig plikt *om å tilbakebetale hovedstolen* som sådan. Dermed foreligger ikke en tilbakebetalingsplikt dersom selskapet bare kan pålegge aksjonæren å betale et rentekrav.

Oppgaven i det følgende blir å oppstille rettigheter og plikter som, vurdert i lys av sktl. § 10-11(2), er nødvendige og/eller karakteristiske for at aksjonæren har en *reell plikt* til å tilbakebetale kapitaltilførselen til selskapet.

5.1.2.1. Forfall

Dersom partene har avtaleregulert at kravet forfaller til betaling ved et gitt tidspunkt eller under gitte omstendigheter, har aksjonæren plikt til å tilbakebetale hovedstolen ved inntreden av de avtaleregulerte vilkår for forfall.⁵⁴ Dermed vil avtaleregulering av forfall som utgangspunkt utgjøre et typisk karakteristika for at aksjonæren har tilbakebetalingsplikt.

Ved den konkrete skatterettslige grensedragningen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte må man imidlertid som antydnet ha for øye hvor langt inn i framtiden evt. avtaleregulert forfalltidspunkt ligger. Altså kommer engasjementets løpetid inn som et sentralt element, som potensielt vil kunne utviske effekten av at forfalltidspunktet er avtaleregulert. Her behandles likevel spørsmålet om forfall isolert. Dette fordi betydningen av låneengasjementets løpetid må sees i en større sammenheng/helhetsvurdering, se pkt. 6 og 7.2.

Ved at avtaleregulert forfalltidspunkt som utgangspunkt utgjør et typisk karakteristika for tilbakebetalingsplikt, reiser dette spørsmål om betydningen av at det ikke er avtaleregulert noe om forfall. En umiddelbar slutning er at dersom det ikke foreligger avtaleregulering av forfalltidspunktet, utgjør dette et typisk kjennetegn for at aksjonæren ikke har tilbakebetalingsplikt. Dersom det foreligger et reelt lån kan imidlertid selskapet bringe kravet til forfall ved påkrav, jf. gbl. § 5(1) 2.pkt. Ved påkrav fra selskapets side inntretr tilbakebetalingsplikt for aksjonæren.⁵⁵

⁵⁴ Bergsåker *Pengekravsrett* 2. utgave s. 36-38.

⁵⁵ Dette følger av ordlyden i gbl. § 5(1) 2.pkt, jf. ”...skyldig til å betala straks kravsmannen seier frå”.

Spørsmålet videre blir dermed hvilken betydning manglende avtaleregulering av forfall har ved den skatterettslige grensedragningen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte, sett i lys av gbl. § 5(1) 2.pkt.

I tilgjengelig rettskildemateriale synes ikke spørsmålet behandlet.

Imidlertid er det sentralt at gbl. § 5(1) 2.pkt. bare aktualiseres ved et reelt lån,⁵⁶ og ikke ved et aksjeutbytte. Foreligger et reelt lån vil selskapet, gjennom sin faktiske adgang til å kunne benytte seg av gbl. § 5(1) 2.pkt., komme i samme posisjon som om det forelå avtaleregulering av forfallstidspunktet. I lys av at utgangspunktet for grensedragningen er om det er skjedd en endelig eller midlertidig verdioverføring til aksjonæren,⁵⁷ trenger selskapet ikke å avtaleregulere når kravet forfaller, nettopp fordi gbl. § 5(1) 2.pkt. står til selskapets rådighet i kraft av selskapets kreditorposisjon.

Det kan rett nok problematiseres at det som utgangspunkt er bevismessig enklere å fastlegge at aksjonæren har tilbakebetalingsplikt, dersom det foreligger avtaleregulert forfallstidspunkt. I et rent *skatterettslig* perspektiv er det imidlertid transaksjonens realitet som er avgjørende for hvilken klassifikasjon kapitaloverføringen skal gis, jf. kapittel 4 og pkt. 1.3. Sentralt er da at kapitaloverføringen som nevnt har samme de facto midlertidige preg, uavhengig om det foreligger avtaleregulering av forfall eller om kravet fritt kan bringes til forfall ved påkrav etter gbl. § 5(1) 2.pkt.

Manglende avtaleregulering av forfall er dermed irrelevant for den skatterettslige grensedragningen, all den tid selskapet kan bringe kravet til forfall ved påkrav etter gbl. § 5(1) 2.pkt.

Foreligger derimot avtale mellom aksjonæren og selskapet om at kravet ikke kan bringes til forfall ved påkrav, samt at det verken foreligger avtaleregulering av forfallstidspunktet eller fallsklausuler basert på annet enn tid, står man overfor et evigvarende lån.⁵⁸ I en slik situasjon gis kapitaloverføringen karakter av å være endelig overført til aksjonæren, hvilket er kjennetegnende for et aksjeutbytte, jf. pkt. 4.2. Ved et evigvarende lån har ikke aksjonæren

⁵⁶ Unntak gjelder ved avtale om evigvarende lån.

⁵⁷ Jf. sktl. § 10-11(2) og pkt. 4.2.

⁵⁸ Matre *Gjeld og renter* s. 131 og Kvinge/Gran *Hybridfinansiering* s. 72.

tilbakebetalingsplikt, med mindre andre omstendigheter utløser rettslig krav på tilbakebetaling.⁵⁹ Dette vil eksempelvis være tilfelle dersom selskapet har et pantekrav eller misligholdssanksjon som utløses ved aksjonærens konkurs, betalingsmislighold m.v. Tilbakebetalingsplikten er her *betinget* av at gitte forhold inntre. For den nærmere betydning av at tilbakebetalingsplikten er betinget, se pkt. 5.1.2.5.

5.1.2.2. Sanksjoner ved betalingsmislighold

Med betalingsmislighold forstås at debitor ikke betaler avdrag og/eller renter innen forfallstiden, tilbakebetaler for lite e.l. i henhold til avtalen med selskapet.⁶⁰ Typiske misligholdssanksjoner vil være hevning og forsinkelsesrente.

Ved at en misligholdssanksjon aktualiseres ved aksjonærens betalingsmislighold overfor selskapet, vil tilgjengelige sanksjoner gi selskapet rettigheter som underbygger realiteten ved tilbakebetalingsplikten. Aksjonæren kan altså ikke komme unna sin påstand til tilbakebetalingsplikt enkelt ved å unnlate å tilbakebetale. Trekker vi her en linje til utgangspunktet for grensedragningen, jf. sktl. § 10-11(2), støtter dette denne betraktning. Misligholdssanksjoner underbygger nemlig det midlertidige element ved en kapitaloverføring, fordi misligholdssanksjoner enten direkte eller indirekte tar sikte på å oppnå tilbakebetaling av det utestående.

Det kan dermed legges til grunn at eksistensen av misligholdssanksjoner ved betalingsmislighold fra aksjonærens side, vil være egenskaper ved en kapitaloverføring som tilsier at aksjonæren har en reell tilbakebetalingsplikt til selskapet.

Av tilgjengelig rettspraksis om grensen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte ved kapitaloverføring fra selskap til aksjonær, finnes ikke avgjørelser som eksplisitt tar tak i spørsmålet om hvilken betydning misligholdssanksjoner har ved grensedragningen. Høyesterett har imidlertid kommet med generelle uttalelser om hvilken betydning misligholdssanksjoner skal gis ved et låneforhold i *Preferansekapitalsaken*.⁶¹

⁵⁹ Sml. *Matre Gjeld og renter* s. 134.

⁶⁰ *Hov Avtalebrudd og partsskifte Kontraktsrett II* s. 45 flg.

⁶¹ Rt. 2001 s. 851 (Utv. 2001 s. 1251).

I *Preferansekapitalsaken* uttalte Høyesterett at ”*Fraværet av bestemmelser om mislighold i tre av avtalene taler imidlertid for at det foreligger egenkapital og ikke gjeld...*”. Retten begrunnet dette med at ”... *det er vanskelig å tenke seg at en kreditor ikke vil ta inn en slik bestemmelse.*”⁶² Høyesterett gir her uttrykk for at avtaleregulerte misligholdssanksjoner vil være elementer ved et påstått låneforhold som generelt tilsier at lånet er reelt, nettopp på grunnlag av den rettighetsposisjon kreditor oppnår gjennom tilgjengelige misligholdssanksjoner. Dermed samsvarer Høyesteretts uttalelse med slutningen gjort over.

Imidlertid ser en av det gjengitte fra *Preferansekapitalsaken* at rettens uttalelse er avgrenset til situasjoner hvor misligholdssanksjoner er avtaleregulert. Wiersholm uttaler om dette, med henvisning til det gjengitte fra *Preferansekapitalsaken*, at ”*Fravær av misligholdsbestemmelser vil derfor trekke sterkt i retning av å klassifisere kapitaltilskuddet som egenkapital*”.⁶³ Av sammenhengen framgår at Wiersholm knytter det siterte opp mot situasjoner hvor misligholdssanksjoner ikke er avtalefestet, slik Høyesterett gjør i *Preferansekapitalsaken*. Sentralt er da at tilsvarende synspunkt – nemlig at misligholdssanksjoner ikke eksplisitt er avtalefestet – vil kunne anføres som et klassifikasjonsmoment for at en kapitaloverføring fra selskap til aksjonær er et aksjeutbytte.

Private kan imidlertid benytte seg av misligholdssanksjoner som følger etter bakgrunnsretten, uavhengig om disse er avtalefestet. Dette kan være hevning,⁶⁴ forsinkelsesrente, inkasso e.l. Vi kan dermed skissere to tilfeller.

For det første tilfeller hvor misligholdsbeføyelser er avtaleregulert, uavhengig om slike beføyelser aktualiseres etter bakgrunnsretten. Her vil den omstendighet at det foreligger avtaleregulerte misligholdssanksjoner, tilsi at aksjonæren har en reell tilbakebetalingsplikt til selskapet.

For det andre tilfeller hvor misligholdsbeføyelser følger av bakgrunnsretten, men ikke er avtaleregulert. Spørsmålet videre blir hvordan slike situasjoner skal behandles.

⁶² Rt. 2001 s. 851 (Utv. 2001 s. 1251) på s. 866.

⁶³ Wiersholm *Skatteavtalerett* s. 480.

⁶⁴ Bergsåker *Pengekravsrett* 1. utgave uttaler på s. 36 at ”*Det er et alminnelig prinsipp at en kontrakt kan heves ved vesentlig mislighold fra den ene partens side. Ved kredittavtaler (lånegjeld [...]) innebærer hevning at ...Skyldneren må...innfri straks*”.

Innledningsvis pekes på at det overordnede spørsmålet er om aksjonæren har en *reell* tilbakebetalingsplikt til selskapet. Sentralt er da at selskapet, der misligholdssanksjoner følger av bakgrunnsretten, ikke trenger å avtalefeste at de har misligholdssanksjoner til rådighet for å kunne benytte seg av disse. Selskapets adgang til å til å påberope misligholdssanksjoner etter bakgrunnsretten tilsier dermed at aksjonæren har en reell tilbakebetalingsplikt.

Disse betraktninger finner støtte av Matre. Matre legger til grunn at dersom kreditor ikke har tatt inn misligholdsbeføyelser i avtalen, men dette følger av ”...*bakgrunnsretten, kan det ikke være avgjørende at sanksjonene ikke er inntatt i avtalen*”.⁶⁵ Selv om uttalelsen er knyttet til klassifisering av kapitalinnskudd, som egenkapital eller fremmedkapital, gjør tilsvarende synspunkt gjør seg gjeldende ved grensedragningen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte. Dette fordi kreditor ved begge klassifikasjonsspørsmål kommer i samme posisjon vis-à-vis debitor, uavhengig om kreditor benytter seg av avtaleregulerte misligholdssanksjoner eller misligholdssanksjoner som følger av bakgrunnsretten.

Det kan dermed legges til grunn at hvorvidt en misligholdssanksjon er avtaleregulert eller utelukkende følger av bakgrunnsretten, i seg selv er irrelevant for den skatterettslige grensedragningen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte. Det interessante ved klassifiseringen av kapitaloverføringen er dermed om selskapet rent faktisk har misligholdssanksjoner til rådighet.⁶⁶

Standpunktet over leder oss videre til spørsmålet om det må oppstilles nyanser for hvilken vekt som kan tillegges tilgjengelige misligholdssanksjoner. Spørsmålet aktualiseres fordi det finnes en rekke forskjellige typer misligholdssanksjoner etter bakgrunnsretten, samt at private står fritt til å avtaleregulere særskilte sanksjonstyper.

Ved denne vurdering må man ta utgangspunkt i det materielle innhold av den aktuelle misligholdssanksjonen, for så å vurdere dette opp mot det prinsipielle utgangspunkt for grensedragningen, jf. sktl. § 10-11(2). Dermed kan man legge til grunn at desto større evne en misligholdssanksjon har til å oppnå direkte tilbakebetaling fra aksjonæren, i desto større grad vil misligholdssanksjonen tilsi at aksjonærens tilbakebetalingsplikt er reell. Selskapets adgang

⁶⁵ Matre *Gjeld og renter*, s. 105.

⁶⁶ Bevismessig står partene klart sterkere ved eksplisitt avtaleregulering av misligholdssanksjoner.

til hevning vil dermed som utgangspunkt ha større vekt i retning av at aksjonæren har reell tilbakebetalingsplikt, sammenlignet med forsinkelsesrente knyttet til krav på avkastning.

5.1.2.3. Sikkerhetsstillelse

Med sikkerhetsstillelse forstås at det underliggende krav er sikret gjennom en særrett til dekning for kreditor.⁶⁷ Dette vil typisk være pantesikkerhet, betalingsgaranti e.l. En sikkerhetsrett vil alminneligvis aktualiseres ved debtors betalingsmislighold, konkurs o.l. Sikkerhetsrett må avtales særskilt.⁶⁸

En avtalt sikkerhetsrett vil dermed være en rettighet for selskapet som skal sikre og ivareta reell tilbakebetaling av det utestående beløp, dersom aksjonærens betalingsevne eller betalingsvilje skulle svikte. I forlengelsen av dette er det av interesse at en avtaleregulert sikkerhetsrett forutsetter et underliggende debitor-/kreditorforhold. Avtaleregulert sikkerhetsrett for selskapet utgjør dermed en typisk rettighet som tilsier at aksjonæren har reell tilbakebetalingsplikt til selskapet.

Spørsmålet videre blir om manglende avtaleregulering av sikkerhetsstillelse utviser og/eller svekker realiteten ved den tilbakebetalingsplikt aksjonæren måtte ha.

Av enkelte underrettsavgjørelser ser en at manglende avtaleregulering av sikkerhetsstillelse anses som et klassifikasjonsmoment i retning av at kapitaloverføringen til aksjonæren er et aksjeutbytte.⁶⁹

I *Vrybloed*⁷⁰ hadde staten anført at manglende avtale om sikkerhetsstillelse måtte få betydning for grensedragningen.⁷¹ Ved Høyesteretts klassifisering av kapitaloverføringen gikk imidlertid ikke retten nærmere inn på spørsmålet om hvilken betydning manglende avtaleregulering av sikkerhet hadde for grensedragningen. I seg selv tilsier dette at manglende avtaleregulering av

⁶⁷ Med *sikkerhet* forstås her ikke vilkåret om "...betryggende sikkerhet..." etter asl. § 8-7(1) 1.pkt. Om forholdet til aksjeselskapsrettslige krav, se pkt. 5.4.

⁶⁸ Jf. at private har fri disposisjonsrett over egne formuesobjekt.

⁶⁹ Se bl.a. Utv. 2006 s. 1146 og Utv. 1999 s. 816.

⁷⁰ Rt. 1998 s. 383 (Utv. 1998 s. 630). Saken gjaldt grensedragningen mellom lån og lønn, men Høyesteretts uttalelser omfatter og aksjeutbytte.

⁷¹ Rt. 1998 s. 383 (Utv. 1998 s. 630) på s. 391.

sikkerhetsstillelse er av mindre betydning for grensdragningen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte.

Høyesterett har kommet med bemerkninger om hvilken betydning manglende sikkerhetsstillelse har for om et lån er reelt i *Telecomputingsaken*.⁷² Her hadde staten anført at manglende avtale om sikkerhet trakk i retning av at kapitalbidraget ikke var lån.⁷³ Høyesterett avviste dette med den begrunnelse at ”*Fradragsretten for tap på fordringer gjelder ikke bare fordringer som det er etablert sikkerhet for, ...[men]... omfatter også ansvarlig lånekapital.*”⁷⁴ Selv om Høyesteretts uttalelse direkte er rettet mot fradragsretten etter sktl. § 6-2(2), forutsetter Høyesterett at det kan gis lån uten at det samtidig avtales noe om sikkerhet. Ut fra rettens uttalelse ser en at manglende avtaleregulering av sikkerhetsstillelse verken hadde innvirkning på spørsmål om det forelå et reelt lån eller en reell tilbakebetalingsplikt.

Forklaringen på hvorfor manglende sikkerhetsstillelse ikke er et kjennetegn som tilsier at aksjonæren ikke har tilbakebetalingsplikt, synes å være at manglende sikkerhetsstillelse i seg selv verken plasserer kapitaloverføringen som endelig eller midlertidig overført til aksjonæren, jf. sktl. § 10-11(2) og pkt. 4.2.

5.1.2.4. Prioritet

Med prioritet forstås dekningsrekkefølgen på utestående krav.⁷⁵ Betydningen av prioritet kommer på spissen der flere rettighetsstiftelser ikke kan eksistere ved siden av hverandre eller ikke kan dekkes fullt ut,⁷⁶ typisk ved konkurs. Partene kan etter den alminnelige avtalefrihet, avtale både bedre eller dårligere prioritet enn hva som følger av hovedregelen i dekl. § 9-6, jf. forutsetningsvis dekl. § 9-7(1) nr. 2.

Fordi det bare er et reelt lån som skal tilbakebetales til selskapet vil en eventuell prioritetskonflikt mellom aksjonærens kreditorer bare aktualiseres for et aksjonærlån. Dermed forutsetter avtaleregulering av prioritet at kapitaloverføringen skal tilbakebetales til selskapet.

⁷² Rt. 2010 s. 790 (Utv. 2010 s. 1083).

⁷³ Altså slik staten hadde anført i *Vrybloed*.

⁷⁴ Rt. 2010 s. 790 (Utv. 2010 s. 1083) avsnitt 52.

⁷⁵ Falkanger *Prioritetsforholdet mellom heftelser i fast eiendom*.

⁷⁶ Skoghøy *Panterett* s. 224.

Avtaleregulering av prioritet vil dermed være en egenskap ved kapitaloverføringen som tilsier at aksjonæren har en reell tilbakebetalingsplikt til selskapet.

Har partene ikke foretatt noen avtaleregulering av prioritetsforholdet ved en kapitaloverføring, synes dette imidlertid ikke å utgjøre en særskilt egenskap for et aksjeutbytte som avskjærer den tilbakebetalingsplikt aksjonæren måtte ha. Begrunnelsen for dette er at en långiver/selskapet fritt kan velge å la prioritetsforholdet reguleres etter bakgrunnsretten, jf. dekl. kap. 9. Dermed kan man ikke plassere manglende avtaleregulering av prioritet verken som et typisk trekk for lån eller for aksjeutbytte.

5.1.2.5. Betingelser for tilbakebetaling

Ved at skattesubjektene har avtalefrihet, kan de avtale betingelser for tilbakebetaling som i større eller mindre grad berører tilbakebetalingspliktens realitet. I det følgende gjennomgås betingelser som i praksis har vist seg av særlig interesse ved den skatterettslige grensen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte.⁷⁷

Høyesterett har behandlet spørsmålet om hvilke betingelser som kan aksepteres i *Vrybloed*.⁷⁸ Ved vurderingen av om det forelå en reell tilbakebetalingsplikt uttalte Høyesterett at:

*”... den anførte tilbakebetalingsplikt var betinget av det økonomiske resultat av selskapets drift. I et slikt tilfelle må man falle tilbake på hovedregelen om at uttak skal anses som lønn eller utbytte.”*⁷⁹

Av det siterte framgår at dersom en tilbakebetalingsplikt som sådan er betinget av det utdelende selskaps økonomiske resultat, foreligger som hovedregel ikke et reelt lån fra selskapet, men en endelig kapitaloverføring i form av lønn eller aksjeutbytte. Høyesterett gir imidlertid ingen nærmere begrunnelse for hvorfor den aktuelle betingelse medførte at kapitaloverføringen ikke var et reelt lån.

⁷⁷ En uttømmende behandling av relevante betingelser framstår ikke mulig på grunnlag av privates avtalefrihet.

⁷⁸ Rt. 1998 s. 383 (Utv. 1998 s. 630).

⁷⁹ Rt. 1998 s. 383 (Utv. 1998 s. 630) på s. 395.

En nærliggende begrunnelse synes å være at den aktuelle betingelsen etter sitt materielle innhold regulerte tilbakebetalingsplikten eksistens, alternativt omfang. Dette ved at tilbakebetalingsplikten bare inntrådte dersom, og i den grad, selskapets økonomiske resultat tillot framtidige lønnsøkninger og aksjeutbytteutdelinger. Etter rettsforholdet mellom låntaker og selskapet/kreditor var dermed tilbakebetalingsplikten gjort avhengig av framtidige forhold som det ikke fantes holdepunkter for faktisk ville inntre. Dette samsvarer ikke med hva som utgjør en tilbakebetalingsplikt, nemlig at aksjonæren er rettslig forpliktet til å tilbakebetale hovedstolen, jf. pkt. 5.1.2. Dermed ser vi at den aktuelle betingelsen gav kapitaloverføringen et klart preg av å være endelig overført til mottaker, hvilket er kjennetegnende for et aksjeutbytte, jf. sktl. §10-11(2).

Ved den nærmere vurdering av om en betingelse virker inn på realiteten ved aksjonærens tilbakebetalingsplikt, er betingelsens materielle innhold avgjørende. Dette må så sees i lys av at utgangspunktet for grensedragningen er om det er skjedd en endelig eller midlertidig verdioverføring til aksjonæren, jf. sktl. §10-11(2). Dermed vil betingelser som berører og/eller regulerer tilbakebetalingsplikten eksistens ha egenskaper som medfører at aksjonæren alminneligvis ikke har en reell tilbakebetalingsplikt.

5.1.2.6. Debtors sviktende betalingsevne – hypotetisk tilbakebetalingsplikt?

I en rekke dommer framholdes debtors sviktende betalingsevne som et sentralt moment ved grensedragningen mellom lån og aksjeutbytte, jf. bl.a. *Vrybloed*⁸⁰ og Utv. 2007 s. 1727. I *Vrybloed* uttalte Høyesterett om dette at debtors ”...økonomiske stilling ... var slik at utlån sett fra selskapets side ville framstå som helt uforsvarlig”.⁸¹ Av Lignings-ABC framgår at det skal vektlegges om aksjonæren ”...har ... økonomisk evne til å betale tilbake lånet”.⁸² Samlet tilsier dette at aksjonærens sviktende betalingsevne er et relevant moment ved klassifiseringen av kapitaloverføringen til aksjonæren.

Ved bedømmelsen av om en kapitaloverføring til aksjonæren er et reelt lån, er det imidlertid det reelle rettsforhold mellom partene knyttet kapitaloverføringen som er avgjørende for

⁸⁰ Rt. 1998 s. 383 (Utv. 1998 s. 630).

⁸¹ Rt. 1998 s. 383 (Utv. 1998 s. 630) på s. 393.

⁸² Lignings-ABC 2013 *Lån fra arbeidsgiver/eget selskap*, pkt. 5.1.

klassifiseringen, jf. kapittel 4. Aksjonærens eventuelle sviktende betalingsevne er derimot et forhold som utelukkende knytter seg til aksjonæren, og ikke til kapitaloverføringen som sådan. Dermed kan aksjonæren ha en reell tilbakebetalingsplikt overfor selskapet, selv om aksjonæren ikke har evne til å oppfylle lånet. Denne betraktning finner støtte av Høyesteretts videre resonnement i *Vrybloed*. Til tross for at låntakers betalingsevne var svært dårlig, konkluderte Høyesterett med at låntaker ikke hadde en reell tilbakebetalingsplikt til selskapet på grunnlag av betingelsen ved tilbakebetalingsplikten, se pkt. 5.1.2.5. Ut fra dette perspektiv framstår aksjonærens sviktende betalingsevne som et bevismoment,⁸³ og ikke som et klassifikasjonsmoment.

Zimmer/BAHR har imidlertid en uttalelse, som synes å gi rom for at aksjonærens sviktende betalingsevne kan virke inn på klassifiseringen av kapitaloverføringen. Dette er at ”...*saken kan etter omstendighetene ligge slik an at tilbakebetalingsplikten må anses som så hypotetisk at «lånet» må anses som utbytte*”.⁸⁴ Utsagnet er ikke klart. Likevel synes det gjengitte å tilsi at dersom tilbakebetaling av det utestående etter en konkret vurdering framstår som så risikoutsatt at en faktisk tilbakebetaling må betegnes som hypotetisk, vil aksjonæren ikke ha en reell tilbakebetalingsplikt.

Spørsmålet blir dermed om det vil utgjøre et relevant klassifikasjonskriterium ved vurderingen av om aksjonæren har reell tilbakebetalingsplikt, at en tilbakebetaling framstår hypotetisk.

Zimmer/BAHR gir ingen nærmere utdypning av sitatet over. Likevel må en legge til grunn at ved vurderingen av hva som er hypotetisk, må man se hen til hvorvidt en tilbakebetaling framstår som mindre sannsynlig. Dette beror på en bevisvurdering av om de konkrete omstendigheter i saken tilsier at tilbakebetaling framstår sannsynlig/hypotetisk. En tilbakebetalingsplikt kan imidlertid være reell, uavhengig om sannsynligheten for tilbakebetaling er stor eller liten. Avgjørende ved vurderingen av om det foreligger en reell tilbakebetalingsplikt er om aksjonæren er *rettslig forpliktet* til å tilbakebetale det utestående, jf. pkt. 5.1.2. Sentralt er da at man er like forpliktet i rettslig henseende til å tilbakebetale et

⁸³ Tilsvarende *Matre Gjeld og renter* s. 127, ved spørsmål om hvilken betydning debtors sviktende betalingsevne skal gis ved grensedragningen mellom egenkapitalinnskudd og fremmedkapitalinnskudd.

⁸⁴ Zimmer/BAHR *Bedrift, selskap og skatt* s. 274.

utestående, forutsatt at det foreligger et reelt lån, uavhengig om den økonomiske situasjonen rundt tilbakebetalingen tilsier at en tilbakebetaling framstår som hypotetisk.

Dermed vil ikke den omstendighet at en tilbakebetaling framstår hypotetisk utgjøre et klassifikasjonsmoment ved grensedragningen mellom lån og aksjeutbytte, men et bevismoment.

5.1.3. Samlet vurdering av om det foreligger tilbakebetalingsplikt

De her gjennomgåtte rettigheter og plikter vil som nevnt være retningsgivende ved vurderingen av om aksjonæren har en reell tilbakebetalingsplikt til selskapet. Hvordan den nærmere bedømmelse av om det foreligger en reell tilbakebetalingsplikt skal gjennomføres, gir ikke rettskildebildet noen entydig anvisning på.

Imidlertid følger det som en konsekvens av at private har avtalefrihet til å knytte ulike rettigheter og plikter til transaksjonen,⁸⁵ at det må foretas en konkret helhetsvurdering av om transaksjonen er gitt et materielt innhold som statuerer en tilbakebetalingsplikt. Avgjørende blir dermed om foreliggende transaksjon er gitt et materielt innhold som oppfyller de tre ovenfor presenterte elementer for hva som samlet konstituerer en tilbakebetalingsplikt, jf. pkt. 5.1.2. Ved denne vurdering må man fastholde at det er sktl. § 10-11(2) som utgjør utgangspunktet for grensedragningen, og dermed vil normere hvilke rettigheter og plikter som medfører at man står overfor en reell tilbakebetalingsplikt.

I dette perspektiv vil rettigheter og plikter som aktualiserer en faktisk tilbakebetaling til kreditor, framstå som særlig tungtveiende. Dermed vil spørsmål om det foreligger avtaleregulert forfallstidspunkt/-klausuler, alternativt at kravet fritt kan bringes til forfall ved påkrav, som et generelt utgangspunkt stå særdeles sentralt. Er det m.a.o. avtaleregulert når kravet forfaller, alternativt at kravet fritt kan bringes til forfall ved påkrav etter gbl. § 5(1) 2.pkt., vil dette som utgangspunkt være tilstrekkelig til å konstatere at aksjonæren har en reell tilbakebetalingsplikt til selskapet.⁸⁶

⁸⁵ Se pkt. 4.1.

⁸⁶ Som alt presisert kan dette likevel framstå problematisk ved langvarige låneengasjement, se nærmere om dette pkt. 6 og 7.2.

Betingelser for tilbakebetaling vil videre kunne være av stor interesse ved spørsmål om aksjonæren har reell tilbakebetalingsplikt. Dersom betingelsens materielle innhold regulerer tilbakebetalingsplikts eksistens, vil dette som utgangspunkt medføre at aksjonæren ikke har en reell tilbakebetalingsplikt. For betingelser som bare berører detaljer ved tilbakebetalingsplikts nærmere innhold, synes disse derimot som utgangspunkt av mindre interesse da slike betingelser ikke utviser realiteten ved den tilbakebetalingsplikt aksjonæren måtte ha.

Videre er det av interesse om selskapet har rettigheter som misligholdssanksjoner og sikkerhetsstillelse til rådighet, da slike rettigheter skal ivareta en faktisk tilbakebetaling til selskapet ved sviktende oppfyllelse fra aksjonærens side. Dersom det foreligger avtaleregulert forfall eller kravet fritt kan bringes til forfall ved påkrav, synes likevel ikke manglende adgang til å påberope betalingsmisligholdssanksjoner og/eller sikkerhetsretter i seg selv å medføre at det ikke foreligger en reell tilbakebetalingsplikt. Dette nettopp fordi kapitaloverføringen skal tilbakebetales ved forfall/påkrav.

Hva gjelder selskapets prioritetsforhold framstår dette som utgangspunkt av mindre interesse ved spørsmål om det foreligger en reell tilbakebetalingsplikt. Forklaringen på dette synes å være at selskapets prioritetsforhold direkte regulerer dekningsrekkefølgen på aksjonærens utestående krav. Selskapets eventuelle prioritetsforhold vil dermed ikke i seg selv utløse en tilbakebetalingsplikt, eller direkte berøre tilbakebetalingsplikts eksistens.

De her gjennomgåtte rettigheter og plikter belyser egenskaper ved en kapitaloverføring som kan statuere, underbygge, utviske eller svekke realiteten ved en tilbakebetalingsplikt. Situasjonen kan dermed være at aksjonæren har tilbakebetalingsplikt, selv om gitte egenskaper ved kapitaloverføringen tilsier det motsatte. For disse tilfeller *kan* det være grunnlag for å nyansere den vekt tilbakebetalingsplikten har ved den endelige helhetsvurdering. Grunnlag for en nyansering må forankres i utgangspunktet for grensedragningen, om at kapitalen må være midlertidig og ikke endelig overført til aksjonæren for å kunne klassifiseres som et aksjonærlån. Foreligger en tilbakebetalingsplikt, men med egenskaper som gir kapitaloverføringen karakter av å være endelig overført til aksjonæren, vil dette kunne svekke vekten av den foreliggende tilbakebetalingsplikt, se nærmere pkt. 7.2 hvor dette illustreres med et konkret eksempel.

5.2. Renter

Med renter forstås vederlag for at man får disponere annens kapital.⁸⁷ Ettersom et aksjonærlån er avtalt kreditt, må renter særskilt avtales.⁸⁸

Den omstendighet at partene har avtalt rentegodtgjørelse forutsetter dermed at rentekreditor har et utestående krav på rentedeбитor. Slik sett framstår avtaleregulert rentegodtgjørelse som et sentralt klassifikasjonsmoment for at kapitaloverføringen er et reelt lån. Denne betraktning finner støtte i underrettspraksis.⁸⁹ Tilsvarende anså Høyesterett i *Telecomputingsaken*⁹⁰ renteelementet som karakteristisk for et lån, se dommens avsnitt 47.

Spørsmålet videre blir om manglende avtaleregulering av rentegodtgjørelse tilsier at kapitaloverføringen fra selskapet til aksjonæren er et aksjeutbytte.

Et aksjeutbytte er som nevnt en endelig kapitaloverføring til aksjonæren, jf. sktl. § 10-11(2) og pkt. 4.2. Selve kapitaloverføringen til aksjonæren, i form av aksjeutbytte, skaper m.a.o. ikke noe rettighetsforhold mellom aksjonæren og selskapet som gir grunnlag for et rentekrav. Manglende avtaleregulering av rentegodtgjørelse synes dermed å kunne indikere et aksjeutbytte.

Imidlertid kompliseres bildet ved at skatteloven forutsetter at aksjeselskap kan gi rentefrie lån til egne aksjonærer.⁹¹ Ved rentefrie lån utbyttebeskattes aksjonæren for rentefordelen etter sktl. §10-11(1), jf. (2). Aksjonæren gis også et konstruert rentefradrag etter sktl. § 6-40 som svarer til renteutgiftene. Kreditorselskapet vil på den annen side kunne ilegges uttaksbeskatning etter sktl. § 5-2, for verdien av rentefriheten ved lånet. Alternativt ilegges selskapet inntektstillegg etter sktl. § 13-1, fordi underprisen av kredittjenesten skyldes interessefellesskapet med aksjonæren.⁹²

⁸⁷ Hagstrøm *Obligasjonsrett* s. 169.

⁸⁸ Bergsåker *Pengekravsrett* 1. utgave s. 60-61.

⁸⁹ Utv. 2006 s. 1490, Utv. 2008 s. 1203 m.fl.

⁹⁰ Rt. 2010 s. 790 (Utv. 2010 s. 1083).

⁹¹ Tilsvarende legger Lignings-ABC til grunn at det kan gis rentefrie lån, se Lignings-ABC 2013 *Lån fra arbeidsgiver/ eget selskap* pkt. 9.

⁹² For nærmere om disse problemstillinger, se Gjems-Onstad *Norsk bedriftsskatterett* s. 497 og Lignings-ABC 2013 *Lån fra arbeidsgiver/ eget selskap* pkt. 9.

En harmonisering av disse tilsynelatende sprikende argumenter for hvilken betydning rentefrihet skal gis ved grensedragningen, synes likevel mulig.

Rentefrihet må isolert betraktes som et typisk trekk ved et aksjeutbytte, nettopp fordi et aksjeutbytte er en endelig kapitaloverføring fra selskapet til aksjonæren. Er det derimot tilstrekkelig sterke holdepunkter for at kapitaloverføringen til aksjonæren er et lån, eksempelvis dersom aksjonæren har en uomtvistet tilbakebetalingsplikt til selskapet, vil ikke rentefriheten alene kunne endre kapitaltransaksjonens karakter av å være lån. Dette fordi en uomtvistet tilbakebetalingsplikt gir kapitaloverføringen klart preg av å være midlertidig overført til aksjonæren.

Situasjonen kan imidlertid være at aksjonæren og selskapet har avtalt en rentesats som ligger under markedsrenten. Spørsmålet blir dermed hvilken betydning det skal ha for klassifiseringen av kapitaloverføringen at det er avtalt renter under normrentesatsen.

Selve renteelementet vil indikere at kapitaloverføringen til aksjonæren er et lån. Dette fordi avtaleregulering av rentegodtgjørelse forutsetter et utestående krav, samtidig som det ikke avtales rentegodtgjørelse for et aksjeutbytte da dette er en endelig kapitaloverføring til aksjonæren. Derimot vil avviket mellom normrenten og den rentesats som er avtalt utløse beskatning både for kreditorselskapet og aksjonæren etter reglene nevnt over.⁹³ Denne betraktning finner forutsetningsvis støtte gjennom sktl. § 5-12(4) om beregning av den skattepliktige rentefordelen ved rimelige lån i arbeidsforhold.

5.3. Overdragelsesadgang

En kreditor har i kraft av det alminnelige utgangspunktet om kreditorskifte som hovedregel fri adgang til å overdra sitt utestående krav mot debitor, til tredjeperson.⁹⁴ Dette er en konsekvens av rettighetsforholdet mellom kreditor og debitor som oppstår ved et reelt lån. Ved et aksjeutbytte er kapitaloverføringen derimot en endelig overføring til aksjonæren.

⁹³ Sml. Matre *Gjeld og renter* s. 142, som inntar tilsvarende standpunkt ved klassifisering av kapitalinnskudd i selskap. Se og Gjems-Onstad *Norsk bedriftsskatterett* s. 497.

⁹⁴ Hagstrøm *Obligasjonsrett* s. 856 og Rt. 1926 s. 519 (Utv. II s. 294) *Hypothek- & Realkreditbanksaken*

Dermed oppnår ikke det utdelende selskap noe utestående krav eller rettighet vis-à-vis aksjonæren, på grunnlag av aksjeutbyttet alene, som kan overdras til tredjeperson.

Aksjonæren kan rett nok velge å overdra et besluttet⁹⁵ aksjeutbytte til tredjeperson.⁹⁶ Dette blir imidlertid noe annet enn spørsmål om selskapet/kreditor fritt kan overdra sitt krav på tilbakebetaling mot aksjonæren til tredjeperson. Situasjonen der aksjonæren overdrar et besluttet aksjeutbytte til tredjeperson, kan for lån sammenlignes med et debitorskifte. For rettslig gyldig debitorskifte må imidlertid kreditor samtykke.⁹⁷

Forskjellene i overdragelsesadgang synliggjør forskjellige egenskaper ved et aksjeutbytte, contra et aksjonærlån. Slik sett vil disse forhold utgjøre relevante klassifikasjonsmomenter ved grensedragningen. Hvorvidt disse momenter kan tillegges nevneverdig vekt ved den skatterettslige grensedragningen mellom lån og aksjeutbytte synes likevel tvilsomt. Dette fordi forskjellene i overdragelsesadgang aktualiseres ut fra om aksjonæren har tilbakebetalingsplikt. Her vil allerede tilbakebetalingsplikten i seg selv som utgangspunkt utgjøre et tungt argument for at kapitaloverføringen er et lån.

5.4. Aksjeselskapsrettslige krav

Det følger av Lignings-ABC at man ved vurderingen av om et lån er reelt bl.a. skal vektlegge om ”...*det angivelige lånet er lovlig etter aksjelovens bestemmelser*”.⁹⁸ Spørsmålet her er om brudd på eller overholdelse av aksjeselskapsrettslige regler utgjør et relevant klassifikasjonsmoment ved vurderingen av om et lån er reelt.

Sitatet fra Lignings-ABC skulle umiddelbart tilsi at selskapsrettslige regler er av interesse ved grensedragningen mellom aksjonærlån eller aksjeutbytte. Det er likevel ikke klart ut fra sammenhengen om Lignings-ABC anser overholdelse eller brudd på aksjeselskapsrettslige regler som et bevismoment eller som et klassifikasjonsmoment. Aksjeselskapsrettslige regler er imidlertid motivert av hensyn til selskapets kreditorinteresser, samt vern av

⁹⁵ De selskapsrettslige begrensninger i adgang til utdeling behandles ikke her, se nærmere om dette pkt. 5.4.

⁹⁶ Dette er en konsekvens av at private har fri disposisjonsrett over egne formuesobjekt. Men det er her aksjonæren som pålegges skatteplikten for utbyttet, iht. ulovfestede skatterettslige tilordningsregler.

⁹⁷ Hagstrøm *Obligasjonsrett* s. 841 flg.

⁹⁸ Lignings-ABC 2013 *Lån fra arbeidsgiver/eget selskap*, pkt. 5.1.

minoritetsaksjonærer.⁹⁹ Dette er altså ikke skatterettslige hensyn, slik som hensynet til skattyters skatteevne. I seg selv tilsier dette at brudd på eller overholdelse av aksjeselskapsrettslige regler er irrelevant ved den skatterettslige grensedragningen mellom lån og aksjeutbytte.

Videre vises til Zimmer/BAHR, som etter tilsvarende argumentasjon som over, legger til grunn at ”Spørsmålet om det foreligger utbytte, må altså avgjøres uavhengig av (allmenn)aksjelovens begrensninger i adgangen til å gi aksjonærlån”.¹⁰⁰ Her gis uttrykk for at overholdelse/brudd på aksjeselskapsrettslige regler ikke gir noen rettslig veiledning ved grensedragningen.¹⁰¹ Gjems-Onstad gir uttrykk for et tilsvarende syn, men er noe mer forsiktig i formen.¹⁰² Forfatterens synspunkt framstår å være at brudd på eller overholdelse av aksjelovgivningen ikke utgjør et relevant klassifikasjonsmoment ved den skatterettslige grensedragningen, men et bevismoment.

Videre mener jeg en vesentlig forklaring på hvorfor brudd på eller overholdelse av aksjelovgivningen ikke er et klassifikasjonsmoment ved grensedragningen, følger av at skattelovens og aksjelovgivningens utbyttebegrep ikke sammenfaller.¹⁰³ Lovgiver synes dermed å ha forutsatt at spørsmål om hva som er skattepliktig aksjeutbytte reguleres etter skatteloven alene. Denne betraktning støttes av sktl. § 10-12(1), hvorefter retten til skjermingsfradrag er gjort avhengig av om det foreligger brudd på eller overholdelse av aksjelovgivningen. Sentralt er da at det foreligger et skattepliktig aksjeutbytte etter sktl. § 10-11(2), jf. (1) uavhengig om man har rett på skjerming etter sktl. § 10-12(1).

Overholdelse eller overtredelse av aksjeselskapslovgivningen utgjør dermed ikke et klassifikasjonsmoment ved den skatterettslige grensedragningen mellom lån og aksjeutbytte. Dette vil utelukkende utgjøre et bevismoment. Det er dermed grunnlag for å rette en viss kritikk mot Lignings-ABC som ikke på en tilstrekkelig klar måte angir overholdelse eller brudd på aksjelovgivningen som et bevismoment.

⁹⁹ Se bl.a. asl. §§ 8-7 til 8-10, 8-1, 3-4, 3-6(1) m.fl. som oppstiller begrensninger i adgangen til å ta kapital ut fra selskapet.

¹⁰⁰ Zimmer/BAHR *Bedrift, selskap og skatt* s. 286.

¹⁰¹ Tilsvarende Krogh-Moe *Lån fra aksjeselskap til funksjonær/aksjonær, lån eller utbytte?* s. 827.

¹⁰² Gjems-Onstad *Norsk bedriftsskatterett* s. 494 og 496.

¹⁰³ Sml. asl. § 3-6(2) med sktl. § 10-11(2), samt Gjems-Onstad *Norsk bedriftsskatterett* s. 476.

5.5. *Formalia – særlig om skriftlig låneavtale*

I underrettspraksis ser en tidvis at formelle forhold trekkes fram som avgjørende og/eller tungtveiende for grensedragningen. Jeg har alt antydnet at dette er irrelevant for den *skatterettslige* grensedragningen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte, fordi dette utelukkende relaterer seg til spørsmålets bevismessige side, se pkt. 1.3. For helhetens skyld skal jeg likevel knytte noen oppklarende merknader til formelle forhold ved et påstått låneforhold, som en ofte ser nyttes som klassifikasjonsmoment.

Av underrettspraksis ser en at særlig skriftlig låneavtale trekkes fram som et relevant klassifikasjonsmoment. Bl.a. uttales i Utv. 2006 s. 1146 at ”*En skriftlig låneavtale inngått før ligningssak er reist, vil normalt være et tungtveiende moment som underbygger at det foreligger et reelt låneforhold.*” (min understrekning).

Utgangspunktet for grensedragningen er om det *reelt* har skjedd en endelig eller midlertidig kapitaloverføring til aksjonæren.¹⁰⁴ Dermed kan det foreligge et aksjonærlån uavhengig om det foreligger en skriftlig låneavtale. Dette er en konsekvens av at private har formfrihet, se pkt. 4.1. Skal man oppstille skriftlighet eller andre bestemte formkrav som gyldighetsbetingelser for at en kapitaloverføring i skatterettslig henseende er et reelt lån, må man ha hjemmelsgrunnlag for dette.¹⁰⁵ Slikt hjemmelsgrunnlag finnes ikke.¹⁰⁶

Noe annet er spørsmål om aksjonæren kan *bevise* at kapitaloverføringen har gitte egenskaper, som medfører at kapitaloverføringen skal klassifiseres som et reelt lån. Gjems-Onstad uttaler treffende i denne sammenheng at det er ”...ikke krav om ... skriftlig låneavtale. Men ... skal man argumentere for at lånet er reelt, behøver man ikke gjøre de bevismessige utfordringer for seg selv større enn nødvendig”.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Jf. sktl. § 10-11(2) og pkt. 4.2.

¹⁰⁵ Skatteretten er som nevnt en del av den spesielle forvaltningsrett, med den følge at legalitetsprinsippet gjør seg gjeldende.

¹⁰⁶ Det bemerkes av asl. § 6-13(3) legger til grunn at avtaler mellom eneaksjonær og selskap skal inngås skriftlig. Bestemmelsen er imidlertid bare en formregel, og ikke en gyldighetsbestemmelse, se NOU 1996 nr. 3 s. 138. Forøvrig vises til pkt. 5.4 for betydningen av brudd på aksjeselskapsrettslige regler.

¹⁰⁷ Gjems-Onstad *Norsk bedriftsskatterett* s. 496. Tilsvarende Zimmer/BAHR *Bedrift, selskap og skatt* s. 287.

6. Tidshorisont – et kompliserende element

Fordi det grunnleggende element ved et lån er at dette skal tilbakebetales til selskapet, er en nærliggende betraktning at all den tid det skjer en tilbakebetaling er dette tilstrekkelig til å klassifisere kapitalen som et aksjonærlån. Dette må imidlertid sees i et bredere perspektiv, nemlig at pengers verdi faller over tid. Et lån på kr. 200 000 i 1930 har betydelig større faktisk verdi enn et tilsvarende lån i dag.¹⁰⁸ Dette eksempel illustrerer et dypere poeng. I takt med at pengeverdien faller, skjer det en de facto verdioverføring til debitor.

Spørsmålet videre blir hvordan man skal forholde seg til engasjementets løpetid ved den skatterettslige grensedragningen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte.

En umiddelbar betraktning er at engasjementets løpetid, herunder i hvor stor grad det utestående utsettes for inflasjon, er irrelevant ved den skatterettslige grensedragningen. Dette fordi skatteretten er basert på et nominalistisk prinsipp.¹⁰⁹

På den annen side er det imidlertid ikke til å komme utenom at ved svært langvarige lån vil inflasjonstapet medføre en reell verdioverføring av den økonomiske verdi som lå i det opprinnelige lån, til debitor/aksjonæren. Krogh-Moe uttaler om dette at *”I inflasjonstider vil reduksjon av kroneverdien reelt tappe selskapet for verdier. Disponentens tilbakebetaling av lånet på et (langt) senere tidspunkt vil lettere falle”*.¹¹⁰ Utsagnet er ikke klart. Det siterte tilsier likevel at dersom et påstått låneforhold er svært langvarig, skal det mindre til for å anse kapitaloverføringen som et aksjeutbytte enn ellers.

Begrunnelsen for dette framstår å være at en långiver, ved et reelt lån, vil avtale rettigheter som sikrer det utestående beløp mot inflasjon. Dette nettopp for å unngå at tilbakebetalingsplikten – ved svært langvarige låneforhold – begrenses til en marginal verdi av det opprinnelige lånebeløp. Ved langvarige lån må det dermed sies å være et typisk kjennetegn for at kapitaloverføringen er et reelt lån, at selskapet har rettigheter som sikrer det utestående mot inflasjonstap.

¹⁰⁸ Kr. 200 000 i 1930, indeksregulert etter konsumprisindeksen, utgjør kr. 6 257 142,86 i år 2012 (Tall hentet fra Statistisk sentralbyrå <http://www.ssb.no/priser-og-prisindekser>). Utestående indeksreguleres alminneligvis i henhold til konsumprisindeks, se Bergsåker *Pengekravsrett* 1. utgave s. 298.

¹⁰⁹ Zimmer/BAHR *Bedrift, selskap og skatt* s. 166 flg.

¹¹⁰ Krogh-Moe *Lån fra aksjeselskap til funksjonær/aksjonær, lån eller utbytte?* s. 826.

Konsekvensen av disse synspunkter er at desto lengre låneengasjementet varer, desto mindre vekt får klassifikasjonsmomentet tilbakebetalingsplikt. Dette fordi tilbakebetalingsplikten som nevnt er tungtveiende ved grensedragningen, ettersom eventuell tilbakebetalingsplikt gir kapitaloverføringen klar karakter av å være midlertidig overført til aksjonæren, se bl.a. pkt. 5.1. Inntretr tilbakebetalingsplikten først om svært lang tid reduseres derimot denne funksjon ved tilbakebetalingsplikten. Dette fordi det i mellomtiden skjer en de facto verdioverføring til aksjonæren/debitor, på grunnlag av inflasjonstapet, se pkt. 7.2 hvor dette illustreres med et konkret eksempel.

7. Helhetsvurdering

Forutsetningen for at klassifikasjonsproblematikken oppstår er at private har avtalefrihet, og dermed fritt kan gi transaksjonen egenskaper som både karakteriserer lån og som karakteriserer et aksjeutbytte. Konsekvensen av dette er at det må foretas en konkret helhetsvurdering av om den aktuelle transaksjonen har egenskaper og trekk som medfører størst likhet med lån eller med aksjeutbytte.¹¹¹

I dette kapittelet legges hovedfokus på å trekke opp retningslinjer for den helhetsvurdering som i praksis må foretas ut fra de ovenfor gjennomgåtte klassifikasjonsmomentene. Først sees nærmere på om det kan oppstilles noen generelle utgangspunkter for helhetsvurderingen, se pkt. 7.1. Videre vil jeg gå nærmere inn på hvilken vekt de ulike klassifikasjonsmomentene skal tillegges ved den konkrete helhetsvurdering. Her anlegges en problematiserende vinkling av de forskjellige klassifikasjonsmomentene. Dette for å få fram hvilke faktorer som kan påvirke vektingen av de ulike momentene i helhetsvurderingen, se pkt. 7.2.

¹¹¹ Sml. Matre *Gjeld og renter*.

7.1. Overordnet om helhetsvurderingen – finnes noen utgangspunkter?

At det skal foretas en helhetsvurdering innebærer at alle relevante momenter skal vurderes konkret, både i forhold til hverandre og i forhold til den foreliggende sak. Av de dommer som ovenfor er gjennomgått ser en at Høyesterett og underrettene har vurdert en rekke forskjellige momenter opp mot hverandre, og at ulike momenter har vært aktualisert i forskjellige saker. I dette perspektiv oppstår spørsmålet om det er mulig å oppstille noen generelle utgangspunkter for hvordan man skal gjennomføre helhetsvurderingen, slik at man i praksis kan effektivisere grensedragningen.

I *Vrybloed*¹¹² synes Høyesterett å oppstille to utgangspunkter for grensedragningen.

Det første utgangspunkt retten oppstilte var at ”...utbetalinger til styret eller daglig leder i et aksjeselskap, må anses som skattepliktig inntekt vunnet ved arbeid ... eller som skattepliktige ytelser utenom ordinært utbytte...”¹¹³ Høyesterett synes her å oppstille en presumpsjon om at dersom utbetalingen foretas til noen med en gitt posisjon i selskapet, vil utbetalingen være lønn eller aksjeutbytte. Denne rettssetning er lagt til grunn i enkelte underrettsavgjørelser.¹¹⁴ Av rettens videre resonnement ser en imidlertid at denne presumpsjon er knyttet selve bevisvurderingen,¹¹⁵ og ikke direkte til klassifiseringen av kapitaloverføringen. Aksjonærens eventuelle posisjon i selskapet utover å være eier sier nemlig ikke i seg selv noe om realiteten ved den aktuelle kapitaloverføringen.

At et interessefellesskap mellom de involverte parter kan medføre skjerpet bevisbyrde er også lagt til grunn av Høyesterett i bl.a. Rt. 2000 s. 1739 og Rt. 2001 s. 187. Se Matre *Gjeld og renter* s. 109-110 for mer om dette.

For det andre la Høyesterett til grunn at fordi ”...den anførte tilbakebetalingsplikt var betinget av det økonomiske resultat av selskapets drift”, måtte man ”...falle tilbake på hovedregelen om at uttak skal anses som lønn eller utbytte”.¹¹⁶ Høyesterett oppstiller her en rettssetning om

¹¹² Rt. 1998 s. 383 (Utv. 1998 s. 630).

¹¹³ Rt. 1998 s. 383 (Utv. 1998 s. 630) på s. 392.

¹¹⁴ Se bl.a. Utv. 2007 s. 1083.

¹¹⁵ Sml. Zimmer/BAHR *Bedrift, selskap og skatt* s. 286-287

¹¹⁶ Rt. 1998 s. 383 (Utv. 1998 s. 630) på s. 395.

at dersom det ikke foreligge en reell tilbakebetalingsplikt,¹¹⁷ er kapitaloverføringen som hovedregel lønnsinntekt eller aksjeutbytte. I underrettspraksis ser en også at spørsmål om det foreligger en reell tilbakebetalingsplikt er oppstilt som et utgangspunkt for den helhetsvurdering som må gjennomføres ved grensedragningen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte.¹¹⁸

Det synes hensiktsmessig å starte helhetsvurderingen med å fastlegge om aksjonæren har en reell tilbakebetalingsplikt til selskapet, sett i lys av at det avgjørende ved grensedragningen er om kapitalen er endelig eller midlertidig overført til aksjonæren. Dette fordi tilbakebetalingsplikten er det klassifikasjonsmoment som generelt gir kapitaloverføringen størst preg av å være midlertidig overført til aksjonæren.¹¹⁹ Herved vil man ha en ramme for hva som kreves av andre klassifikasjonsmomenter for å klassifisere kapitaloverføringen som henholdsvis lån eller aksjeutbytte.

Det kan dermed konkluderes med at man som et utgangspunkt bør starte helhetsvurderingen med å fastlegge om aksjonæren har en reell tilbakebetalingsplikt til selskapet. Etter min oppfatning blir dette likevel bare et utgangspunkt for grensedragningen. Som det framgår av gjennomgangen i pkt. 5.1 og 6 er nemlig ikke en tilbakebetalingsplikt noen fast størrelse. For nærmere om konsekvensene av dette, se pkt. 7.2.

7.2. Helhetsvurderingen – vekting av de ulike klassifikasjonsmomentene

Ved den nærmere vurdering av hvilken vekt de ulike klassifikasjonsmomenter har ved grensedragningen må man ta utgangspunkt i at grensedragningen beror på om kapitalen er endelig eller midlertidig overført til aksjonæren. Dermed vil et klassifikasjonsmoment generelt ha større vekt i retning av at kapitaloverføringen er lån, desto mer klassifikasjonsmomentet etter sitt materielle innhold gir kapitaloverføringen karakter av å være midlertidig overført til aksjonæren.

¹¹⁷ Konsekvensen av den aktuelle betingelse var som nevnt at det ikke forelå noen reell tilbakebetalingsplikt, se pkt. 5.1.2.5.

¹¹⁸ Utv. 2011 s. 987, Utv. 2007 s. 1727 m.fl.

¹¹⁹ Jf. pkt. 5.1.

I enkelte underrettsavgjørelser ser en derimot at det ikke foretas noen rangering av vekten ved de ulike klassifikasjonskriteriene, se eksempelvis Utv. 1999 s 816 som synes å behandle spørsmål om renteplikt, sikkerhetsstillelse og tilbakebetalingsplikt som likeverdige momenter. Dette blir etter min oppfatning uheldig fordi man dermed ikke forankrer grensedragningen i det aktuelle skatterettslige hjemmelsgrunnlag, jf. sktl. §10-11 (2).

Tilbakebetalingsplikten utgjør det tyngste klassifikasjonsmoment i retning av at kapitaloverføringen er et lån. Forklaringen på dette er som nevnt at dersom aksjonæren har en plikt til å tilbakebetale den mottatte kapital, vil kapitaloverføringen som utgangspunkt være midlertidig overført. Konsekvensen av dette er at dersom aksjonæren har en uomtvistet tilbakebetalingsplikt vil ikke andre klassifikasjonsmomenter i seg selv kunne endre kapitaloverføringens karakter av å være lån. Dette fordi tilbakebetalingsplikten som utgangspunkt sikrer en absolutt midlertidighet ved kapitaloverføringen. Hensynet til skattyters skattevne støtter disse betraktninger, nettopp fordi tilbakebetalingsplikten medfører at aksjonæren ikke tilføres noen verdier å betale skatt med, se pkt. 3.

Den nærmere vekt av aksjonærens tilbakebetalingsplikt kan imidlertid variere, da særlig ved svært langvarige lån, jf. pkt. 6. Er det for eksempel avtalt at lånet forfaller om 60 år, foreligger rett nok en tilbakebetalingsplikt. Her vil det være av interesse om hovedstolen ved forfallstidspunktet skal indeksreguleres eller om det skal betales renter med et inflasjonsdekningselement. Dersom hovedstolen skal indeksreguleres ved forfall, vil den framtidige tilbakebetalingsplikten, herunder indeksreguleringen, sikre en reell tilbakebetaling av de overførte verdier. I denne situasjon foreligger et reelt lån.

Skal derimot hovedstolen ikke indeksreguleres skjer det en de facto endelig verdioverføring til debitor i takt med fallet i pengeverdien.¹²⁰ Kapitaloverføringen gis dermed karakter av å være endelig overført til aksjonæren, til tross for at aksjonæren har tilbakebetalingsplikt. Her vil andre klassifikasjonsmomenter kunne få større vekt, hvilket også synes nødvendig for å kunne klassifisere kapitaloverføringen som et aksjonærlån.

Eksempelvis vil et lån på kr. 50 000 i 1950, indeksregulert etter konsumprisindeksen, ha en verdi på kr. 887 837,84 i år 2012 (Tall hentet fra Statistisk sentralbyrå <http://www.ssb.no/priser-og-prisindekser>). Tilbakebetales kr. 50 000 i år 2012, som forutsettes å være forfallstidspunktet, medfører dette at bare

¹²⁰ Se pkt. 6.

om lag 5,6 % av lånets reelle økonomiske verdi tilbakebetales. Her skjer det m.a.o. en endelig verdioverføring til debitor/aksjonæren svarende 94,4 % av lånets verdi.

Avtalt rentegodtgjørelse forutsetter som nevnt et utestående krav, og utgjør dermed et klassifikasjonsmoment i retning av at kapitaloverføringen til aksjonæren er et aksjonærlån. Likevel vil ikke avtaleregulert rentegodtgjørelse som utgangspunkt være et avgjørende klassifikasjonsmoment ved spørsmål om kapitaloverføringen er aksjonærlån eller aksjeutbytte. Dette fordi rentene som sådan ikke inneholder materielle elementer som direkte gir kapitalen karakter av å være endelig eller midlertidig overført til aksjonæren. Et reelt lån kan også gjøres rentefritt, hvilket understreker at avtaleregulering av renter ikke er et absolutt kriterium for at kapitaloverføringen er et reelt lån.

Det kan imidlertid problematiseres om ikke avtalt rentegodtgjørelse kan få den avgjørende betydning ved grensedragningen, selv der det foreligger en tilbakebetalingsplikt.

I praksis kan en slik situasjon foreligge der hovedstolen forfaller om 60 år, og hovedstolen ikke skal indeksreguleres, men det er avtalt renter med et inflasjonsdekningselement og vederlagselement. Her vil tilbakebetalingen av kapitaloverføringen i hovedsak skje gjennom rentenes inflasjonsdekningselement.¹²¹

For å ta eksempelet over. Lånes kr. 50 000 i 1950, indeksregulert etter konsumprisindeksen, har lånet som nevnt en verdi på kr. 887 837,84 i år 2012. Gjennom rentenes inflasjonsdekningselement, som forutsettes å svare til konsumprisindeksen, har man i år 2012 tilbakebetalt kr. 837 837,84. Dvs. om lag 94,4 % av lånets opprinnelige reelle økonomiske verdi. Dette eksempel synliggjør hvordan et evigvarende lån – altså der det ikke er avtalt forfall eller forfall kan frambringes ved påkrav – kan utgjøre et lån ved den skatterettslige grensedragningen.

Hva gjelder forskjellene i overdragelsesadgang mellom lån og aksjeutbytte, synes dette klassifikasjonsmoment å være av mindre interesse. Dette fordi forskjellene i overdragelsesadgang aktualiseres ut fra om aksjonæren har tilbakebetalingsplikt. Her vil allerede eksistensen eller fraværet av tilbakebetalingsplikten som utgangspunkt gi en sterk indikasjon på om kapitaloverføringen til aksjonæren er et aksjonærlån eller et aksjeutbytte. Likevel må framholdes at forskjellene i overdragelsesadgang belyser forskjellige kjennetegn ved henholdsvis lån contra et aksjeutbytte. Ved et svært tvilsomt grensedragningsspørsmål –

¹²¹ Sml. Matre *Gjeld og renter* s. 134-135, med videre henvisninger.

eksempelvis dersom aksjonæren har en tilbakebetalingsplikt, men med egenskaper som gir kapitalen karakter av å være endelig overført – vil dermed forskjellene i overdragelsesadgang kunne få betydning i en større helhetsvurdering.

Sammenfatningsvis ser vi dermed at de tvilsomme klassifikasjonsspørsmål i første rekke vil oppstå i to typetilfeller. For det første dersom aksjonæren har en tilbakebetalingsplikt, men med egenskaper som gir kapitaloverføringen karakter av å være endelig overført til aksjonæren. For det andre dersom aksjonæren ikke har en tilbakebetalingsplikt, men øvrige klassifikasjonsmoment trekker i retning av å klassifisere kapitaloverføringen som et lån. Kapitaloverføringen har i disse situasjoner egenskaper både i retning av lån og i retning av aksjeutbytte. Som en konsekvens av dette kan man trekke den slutning at desto mer tvilsomt klassifikasjonsspørsmålet framstår, desto viktigere blir det å forankre grensedragningen i sktl. § 10-11(2) for å oppnå en korrekt skatterettslig klassifikasjon av kapitaloverføringen. Dette fordi det er sktl. §10-11(2) som utgjør det prinsipielle utgangspunktet for den skatterettslige grensedragningen mellom aksjonærlån og aksjeutbytte.

Oversikt over rettskilder.

Litteraturliste

Forkortelser i teksten gjengis med kursiv i parentes under forfatternavn.

- | | |
|---|--|
| Andenæs, Mads Henry | Konkurs, 3. utgave, Oslo 2009. |
| Andenæs, Mads Henry: | Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper, 2. utgave, Oslo 2006. |
| Banoun, Bettina: | Det eksisterer intet realitetsprinsipp i norsk skatterett, Revisjon og Regnskap, nr. 4/2002 s. 61. |
| Bergsåker, Trygve: | Pengekravsrett, 1. utgave, Oslo 1994. |
| Bergsåker, Trygve: | Pengekravsrett, 2. utgave, Oslo 2011 |
| Falkanger, Thor: | Prioritetsforholdet mellom heftelser i fast eiendom, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1973 s. 147 flg. |
| Gjems-Onstad, Ole: | Norsk Bedriftsskatterett, 8. utgave, Oslo 2012. |
| Hagstrøm, Viggo:
(<i>Obligasjonsrett</i>) | Obligasjonsrett i samarbeid med Magnus Aarbakke, Oslo 2003 |
| Hov, Jo: | Avtalebrudd og partsskifte Kontraktsrett II, Oslo 2002 |
| Jakhelln, Henning:
(<i>Ansvarlig lånekapital</i>) | Ansvarlig lånekapital, Særlig om långivers stilling når låntageren åpner offentlig akkordforhandling eller går konkurs, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1967 s. 422 flg. |
| Krogh-Moe, Per: | Lån fra aksjeselskap til funksjonær/aksjonær, lån eller aksjeutbytte?, Foredrag på Ligningsnevndens Landsforbunds landsmøte i Kristiansand 5-7 oktober 1977, Utv. 1977 s. 825. |
| Kvinge, Lars Staktson og
Gran, G. Jørgen:
(<i>Kvinge/Gran
Hybridfinansiering</i>) | Hybridfinansiering av aksjeselskaper; særskilt om den skatterettslige grensen mellom egenkapital og gjeld, Skatterett 2008 s. 30. |
| Matre, Hugo P.:
(<i>Gjeld og renter</i>) | Gjeld og renter – fradragsrett for renter ved hybridfinansiering av aksjeselskaper, 1. utgave, Bergen 2012. |
| Matre, Hugo P.: | Pro forma i skatteretten, Festskrift til Nils Nygaard; Nybrott og Odling s. 579-588, 2002. |

- Skaar, Arvid Aage m.fl.,
Wiersholm:
(*Wiersholm
Skatteavtalerett*) Norsk skatteavtalerett, Oslo 2006
- Skoghøy, Jens Edvin A.: Panterett, 2. utgave, Son 2008
- Veum, Harry A. og
Kristiansen, Vegard:
(*Veum/Kristiansen
Hybridfinansiering*) Hybridfinansiering av aksjeselskaper – Høyesteretts dom i «banksakene», jf. Rt. 2001 s. 851), Skatterett 2002 s. 115
- Woxholth, Geir: Selskapsrett, 4. utgave, Oslo 2012
- Zimmer, Fredrik:
(*Lærebok*) Lærebok i skatterett, 6. utgave, Oslo 2009
- Zimmer, Fredrik: Høyesterettsdommer i skattesaker 2009, Skatterett 2010 s. 308 flg.
- Zimmer, Fredrik: Høyesterettsdommer i skattesaker 1998, Skatterett 2009 s. 253 flg.
- Zimmer, Fredrik: Hva er anvendelsesområdet for ligningsloven § 8-1?, Utv. 2010 s. 1073.
- Zimmer, Fredrik: Bevis, rettsanvendelse, omgåelse, internprising: Forholdet mellom problemstillinger i skatteretten, Skatterett 2012 s. 186 flg.
- Zimmer, Fredrik
i samarbeid med Bugge,
Arntz-Hansen &
Rasmussen:
(*Zimmer/BAHR
Bedrift, selskap og
Skatt*) Bedrift, selskap og Skatt - Skattlegging av næringsdrivende, selskaper og eiere, 5. utgave, Oslo 2010.

Lover

- Skatteloven* (sktl.) – 26. mars 1999 nr. 14
Allmennaksjeloven (asal.) 13. juni nr. 45
Aksjeloven (asl.) – 13. juni 1997 nr. 44
Folketrygdloven (ftrl.) – 28. februar 1997 nr. 19
Dekningsloven (deknl.) – 8. juni nr. 59
Gjeldsbrevloven (gbl.) – 17. februar 1939 nr. 1

Forarbeider

NOU 2003 nr. 9 *Skatteutvalget, Forslag til endringer i skattesystemet*

NOU 1996 nr. 3 *Ny aksjelovgivning*

NUT 1935 nr. 1

Rettspraksis

Høyesterett.

Rt. 2010 s. 790/Utv. 2010 s. 1083 *Telecomputingsaken*

Rt. 2001 s. 851/Utv. 2001 s. 1251 *Preferansekapitalsaken*

Rt. 2001 s. 187/Utv. 2001 s. 417

Rt. 2000 s. 1739/Utv. 2000 s. 1537

Rt. 1998 s. 383/Utv. 1998 s. 630 *Vrybloed*

Rt. 1981 s. 990/Utv. 1981 s. 457

Rt. 1926 s. 519/Utv. II s. 294 *Hypothek- og Realkreditbanksaken*

Lagmannsretten

Utv. 2011 s. 987

Utv. 2008 s. 1203

Utv. 2007 s. 1727

Utv. 2007 s. 1083

Utv. 2006 s. 1490

Utv. 2006 s. 1146

Utv. 1999 s. 816

(Følgende dommer er ikke brukt direkte i framstillingen, men som bakgrunnsstoff).

Utv. 2012 s. 419

Utv. 2011 s. 1008

Utv. 2010 s. 1303

Utv. 2010 s. 1114

Utv. 2010 s. 57

Utv. 2009 s. 1345

Utv. 2008 s. 447

Utv. 2007 s. 573

EFTA-domstolen.

Sak E-1/04 *Fokus Bank*

Annet

Lignings-ABC 2011-2012

Lignings-ABC 2013-2013

Stortingets skattevedtak 2013

Indeks-/priskalkulator (<http://www.ssb.no/kpi?fokus=true>)